



Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil

2008/17

Enero 2008

EL COMITÉ DE AUDITORÍA Y SUS FUNCIONES

Gonzalo Terreros Ceballos

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
0 34 -913 94 54 93
E-mail del autor: gotece@telefonica.net

<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional *EPrints Complutense*
<http://www.ucm.es/eprints>
www.ucm.es/BUCM/der/10437.php

Copyright © 2008 por el autor

EL COMITÉ DE AUDITORÍA Y SUS FUNCIONES

GONZALO TERREROS CEBALLOS
DOCTOR EN DERECHO

Resumen: Además de su carácter obligatorio, El Comité de Auditoría tiene otorgadas por la ley una serie de funciones generales que han de considerarse como mínimas, dejando un amplio margen de autorregulación tanto para la concreción de las mismas, como para su ampliación por la vía de los estatutos sociales o de los reglamentos internos de los órganos societarios, incluido el del propio Comité.

Esta ambigüedad funcional, además de suscitar conflictos competenciales con otras comisiones o con el Consejo de Administración, introduce incertidumbres en asuntos de gran trascendencia cual es el caso de la responsabilidad de los administradores.

El propósito de este trabajo es, además de analizar la naturaleza y composición, avanzar en el establecimiento y concreción de las funciones que el Comité de Auditoría, considerado como órgano separado -aunque no independiente- del Consejo de Administración, mediante un análisis de la situación actual y una propuesta más completa de funciones agrupadas por su naturaleza. Esta propuesta debería facilitar las relaciones interorgánicas, en particular con el Consejo, y permitir una aplicación menos incierta de las normas de responsabilidad de administradores, configurándose así la funcionalidad de un órgano que está llamado a desempeñar un papel decisivo en la supervisión de la SA cotizada

Palabras clave: Comité de Auditoría, funciones del Comité de Auditoría, auditoría interna, servicios “non-audit”, independencia del auditor, información, control interno y control de riesgos.

Abstract: The Audit Committee of the listed companies has been established by law. The law has attributed a certain number of general functions to be considered as minimal. This regulation allows a big space to the self-regulation, not only for its concretion, but for its expansion and development through the company bylaws and the internal charters of its organs, including this of the Audit Committee.

The lack of a precise legal definition of the functions of the Audit Committee provokes many uncertainties, i.e. in the director's responsibility system development.

The purpose of this paper is to analyze the nature and composition of the Audit Committee, and more specifically to study its functions, both in the present legal regulation, and the proposal in the case to be considered as a separate organ from the Board of Directors.

This proposal should clarify the inter-organic relations inside the company, and should make easier and more logical the exercise of the responsibility

action against the directors, clarifying the supervisory role of the Committee in the future of the listed companies.

Key words: Audit Committee, functions of the Audit Committee, internal Audit, auditor's independence, non-Audit services, full Disclosure, internal control-Compliance y risk control.

EL COMITÉ DE AUDITORÍA Y SUS FUNCIONES

GONZALO TERREROS CEBALLOS
DOCTOR EN DERECHO

I. EL COMITÉ DE AUDITORÍA Y SUS FUNCIONES.....	5
II. ANTECEDENTES.....	8
III. NATURALEZA JURÍDICA: SU PROXIMIDAD AL CONCEPTO DE ÓRGANO.....	22
IV. COMPOSICIÓN	26
V. FUNCIONES Y COMPETENCIAS	30
A) Información a la Junta General de Accionistas	31
B) Propuesta de nombramiento de auditores externos.....	34
C) Supervisión de los servicios de auditoría interna	37
D) Conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la sociedad.....	39
E) Relaciones con los auditores externos.....	43
VI. PROPUESTA DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL COMITÉ DE AUDITORÍA	47
A) Funciones y competencias relacionadas con su estructura y funcionamiento.....	51
a) Reglamento interno	51
b) Servicios dependientes del Comité de Auditoría.....	56
B) Funciones relacionadas con la información.....	60
a) Información relacionada con la Junta General.....	60
b) Información a suministrar por el Comité de Auditoría al Consejo de Administración	70
c) Información a suministrar a terceros.....	75
d) Información relacionada con operaciones especiales	81
e) Información a recibir por el Comité de Auditoría.....	98
C) Funciones relacionadas con los auditores externos	103
a) Nombramiento de auditores	103
b) Valoración de la independencia y capacidad del auditor externo.....	107
c) Aprobación de los servicios de asesoramiento o consultoría (“non-audit”) a prestar por el auditor.....	110
d) Seguimiento del desarrollo de la auditoría: el informe	112
D) Funciones relacionadas con la auditoría interna	114
E) Funciones relacionadas con el gobierno corporativo y con el cumplimiento normativo	117
F) Otras funciones del Comité de Auditoría	119
a) Funciones delegadas.....	119
b) Operaciones extraordinarias y atípicas.....	120
c) Seguimiento de los gastos de la alta dirección	121
d) Investigación de fraudes y propuesta de sanciones	122
e) Programa de formación de sus miembros	122
f) Relaciones con el defensor del accionista y del cliente	123
VII. CONCLUSIONES.....	123

I. EL COMITÉ DE AUDITORÍA Y SUS FUNCIONES

El movimiento del Gobierno Corporativo ha evidenciado una creciente preocupación por conseguir que el Consejo de Administración cumpla con su función de supervisión de los gestores y actúe como un auténtico administrador social, en particular en los sistemas monistas –puesto que en el régimen dual, es ésta su única función-¹.

Para ello se han preconizado una serie de recomendaciones, algunas de ellas con posterior reconocimiento legal, tales como el concepto y papel del consejero independiente, concreción del régimen de responsabilidad de administradores, el reglamento interno de funcionamiento de los órganos sociales (Junta General y Consejo de Administración) y su publicidad, y el establecimiento de comisiones auxiliares en el Consejo para convertirlo en más eficaz y participativo, entre otras.

No existe unanimidad en cuanto al número y funciones de estas comisiones del Consejo pues deberían adaptarse a la naturaleza, dimensión y estructura de la sociedad concernida, pero puede decirse que las comisiones de auditoría y/o control, de un lado, y la de nombramientos y/o remuneraciones, de otro, son un lugar común en los Códigos de Buen Gobierno².

¹ CÓDIGO OLIVENCIA,(Introducción-2), indica que “ *las medidas de buen gobierno de las sociedades han de centrarse como núcleo fundamental en los Consejos de Administración, en su funcionamiento y en las conductas de sus miembros*”

² Tal es el caso, a modo de ejemplo, del *Rapport and Recommendations of the BLUE RIBBON COMMITTEE on Improving The Effectiveness of the Corporate audit. Committee* (1999); INFORME HAMPEL, *Comité sobre Gobierno Corporativo; Informe Final* (enero 1998); AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI): *Principios de Gobierno Corporativo: Análisis y Recomendaciones*(1994),(sec.3.05 y 3A.03); SWISS CODE,(rec 19 y 24); CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *Una propuesta de normas para el mejor funcionamiento de los Consejos de Administración* (1996), (rec. 5); CNMV: *Reglamento Tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno* (1998) (art.16.2); INFORME CADBURY (1992), (4.35 y apéndice 4- apdo. 6); THE COMBINED CODE, (C 2.3 y D 2.3); OCDE, *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades* (1999), (2ª parte, apdo. IV, 7.c; CÓDIGO OLIVENCIA: *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas* (1998), (apdo. 3.6); CÓDIGO ALEMÁN DE GOBIERNO CORPORATIVO, (2002), (apdo. 5.32); CODICE DI AUTODISCIPLINA (Edizione revisitata, luglio 2002) (apdo. 10); INFORME VIENOT II: *Informe del Comité sobre el gobierno de las empresas* (1999) (apdo. B-2); CÓDIGO UNIFICADO (2006), Recomendaciones 41-57; etc.

En algunos casos, como el del Comité de Auditoría, hay normas legales que establecen su obligatoriedad, generalmente para las anónimas cotizadas, cual es el caso de la Ley Sarbanes Oxley en USA o la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero que, en su artículo 47, añade una disposición adicional decimoctava a la Ley 24/1998, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, que declara por primera vez su obligatoriedad para las sociedades cotizadas. Como acertadamente se ha señalado por la doctrina³, *“llama la atención el hecho de que una norma de organización de la sociedad, como es la constitución y el funcionamiento del “Comité de Auditoría”, en lugar de insertarlo en la Ley de Sociedades Anónimas, haya encontrado su acomodo en una disposición adicional de la Ley del Mercado de Valores[...]entendemos que la regulación del Comité de Auditoría debería haberse insertado en la LSA, y más concretamente en las normas que se ocupan del régimen del Consejo de administración, con el fin de establecer una adecuada coordinación de las funciones del propio Consejo con las del Comité...”*; Todo ello viene a ser una constatación más del carácter fragmentario y disperso de las reformas legislativas de nuestro Derecho de Sociedades que reclama, en nuestra opinión, una urgente actualización y reordenación, máxime si, como parece cada vez más claro, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles tiene pocas posibilidades de convertirse en ley⁴.

Con carácter general, puede decirse que la Comisión de Auditoría está compuesta por miembros del Consejo de Administración mayoritaria o exclusivamente independientes -o, al menos, no ejecutivos-, designados por el propio Consejo, cuyo papel fundamental estriba en asesorar y prestar ayuda especializada al propio Consejo en todo aquello que tenga relación

³ SÁNCHEZ CALERO, F. “Líneas Generales del Régimen del Comité de Auditoría de las Sociedades cotizadas”, en *RDBB*, nº 89, en.-mar. 2003, pp. 198 y 199

⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ, A. y ROJO, A (ponentes) Madrid, 16 de mayo de 2002, en su art. 426 recoge la obligación para las sociedades cotizadas de contar con una Comisión de Auditoría; ésta deberá contar con, al menos, un miembro del Consejo de Administración que tenga la condición de independiente, -tal como se estructura este concepto en el art. 422- sin que puedan formar parte del mismo ni el Presidente del Consejo ni el Consejero Delegado.

con la Auditoría externa, los sistemas de control interno y la elaboración de las cuentas de la sociedad y su comunicación a terceros, principalmente.⁵

La creciente complejidad contable, unida a la conveniencia de una interlocución fluida con los auditores externos, hace que el Consejo de Administración, como tal, no sea el órgano adecuado para una supervisión de estas materias ya que adolece, en general, de falta de especialización financiero-contable, y de carencia del tiempo y dedicación que requieren estas materias⁶.

Por ello, podemos afirmar que los tres pilares sobre los que se asienta la institución del Comité de Auditoría son la independencia, la experiencia-conocimiento y la dedicación de sus miembros.

El propósito de nuestro trabajo es tratar de acotar y definir con la mayor precisión posible el ámbito de competencias del Comité de Auditoría que la propia ley deja abierto y conscientemente impreciso -lo que permite

⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., "Los comités de auditoría", en *Revista Técnica del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España*, 1994, pp.26 ss., plantea como objetivos generales del Comité de Auditoría: 1) Apoyar al administrador a cumplir sus responsabilidades; 2) Incrementar la fiabilidad de las cuentas anuales y de la información financiera; 3) Mejorar la comunicación y relaciones con los auditores externos; 4) Incrementar las funciones de los consejeros externos no ejecutivos; y, 5) Aumentar la independencia de los auditores externos

⁶ El BLUE RIBBON COMMITTEE (rec. 3) aconseja que el Comité de Auditoría esté compuesto por un mínimo de tres consejeros, "*each of whom is financially literate...and further that at least one member of the audit. Committee have accounting or related financial management expertise*"; PRICE WATERHOUSE COOPERS "*Audit Committees Good practices for meeting market expectations*", 2nd. edition, 2003, p. 17, incluye entre las cualidades de los miembros del Comité de Auditoría "*ability to read or understand basic financial statements, asking pertinent questions about them and interpret and evaluating the answers*"; La SEC, siguiendo las indicaciones de la Ley Sarbanes Oxley, estableció en enero de 2003, la definición del "*Financial Expert*" como la persona que reúne los siguientes atributos: 1) *An understanding of generally accepted accounting principles and financial statements*; 2) *The ability to assess the general application of such principles in connexion with the accounting for estimates, accruals and reserve*; 3) *Experience preparing, auditing, analyzing or evaluating financial statements that present a breadth and level of complexity of accounting issues that are generally comparable...*; 4) *An understanding of internal controls and procedures for financial reporting, and*, 5) *An understanding of audit committee functions*; TORRENT, A., y otros, "Comités de Auditoría", en RDM, sep.-dic. 2003, p.1625, indica que la creación de los Comités de Auditoría "*exigirán a los consejeros miembros de este comité conocimientos especializados, tanto de contabilidad como de Derecho mercantil, fiscal y contable, aparte de conocimientos del giro de negocios de la compañía y la adecuación de las partidas del balance que no sólo deben estar ajustadas a Derecho, sino también a la dirección estratégica marcada por el Consejo de Administración y seguida por los ejecutivos de la empresa*"

una amplia aplicación de normas de autorregulación-, a la busca de una mayor seguridad en cuanto a responsabilidades en las que pueda incurrir el Comité de forma separada del Consejo de Administración, en particular si, como se va apuntando por una parte de la doctrina y la legislación de algún país,⁷ la separación orgánica de ambos produjera la ruptura del principio de responsabilidad solidaria.

Para ello, tras algunas notas introductorias de los orígenes y tratamiento de este instituto en los códigos de buen gobierno y en la legislación de algunos países significativos, se analiza el régimen actual de competencias del Comité de Auditoría en nuestro sistema legal y regulatorio y se expone una propuesta de funciones –agrupadas por su naturaleza– basadas en una separación orgánica entre el Consejo de Administración y la Comisión de Auditoría, en la confianza de que puedan resultar de utilidad en la regulación interna (estatutaria o reglamentaria) que cada sociedad cotiza debe realizar, así como en futuras reformas legales que avancen en la precisión de este órgano.

II. ANTECEDENTES

Si hacemos abstracción de la reciente (y creciente) preocupación por devolver a la Junta General de Accionistas el papel de auténtico órgano supremo de la Sociedad Anónima⁸, la mayor parte de los códigos e informes de gobierno corporativo inciden en la importancia del Consejo de Administración en el correcto desenvolvimiento de la actividad societaria, agravado por el hecho de tener que enfrentarse a una degradación de su funcionamiento y a una progresiva pérdida de sus funciones de auténtico

⁷ Cfr. art. 2392 del CCI al que se remite el art. 2409 *noviesdecies* del mencionado Código Civil Italiano

⁸ Vid. ALONSO LEDESMA, C., “El papel de la Junta General en el Gobierno Corporativo de las Sociedades de Capital” en AAVV. ESTEBAN VELASCO, G. (coord.) *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. M. Pons, Madrid, 1999, pp.615-664; GUERRA MARTÍN, G. *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*, Ed. Thomson-Aranzadi, RdS monografía, Cizur Menor, 2003, p. 201

controlador de la gestión. Como se ha indicado de forma muy realista⁹, *Los Consejos de Administración se han convertido en órganos de carácter pasivo, alejados de la gestión de la sociedad, en manos de las Comisiones Ejecutivas y/o los Consejeros Delegados y, de aquellos otros que, sin formar parte del órgano, tienen encomendadas en virtud de relaciones jurídicas, normalmente laboral de carácter especial para el personal de Alta Dirección.*

Dentro de las múltiples medidas y recomendaciones que afectan a los diversos aspectos de la vida y funcionamiento del Consejo de Administración,¹⁰ vamos a fijarnos únicamente en la estructura de comisiones auxiliares –al margen de la Comisión Delegada prevista en el art. 141.1 TRLSA– que actúan como coadyuvantes en su función primordial de supervisión de la gestión social¹¹.

El Comité de Auditoría tiene una larga tradición en USA¹² donde la Securities and Exchange Commission (SEC) ya previó la existencia de un órgano independiente en los años 40. Esta posición se vio reforzada, en la década de los 70, por la existencia de anomalías e irregularidades de algunas grandes empresas cotizadas que indujo a la NYSE (New York Stock Exchange) a obligar, a partir de 1978, a que las sociedades cotizadas en la Bolsa

⁹ SANZ PARAÍSO, L.F. “Las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento” en AAVV. ESTEBAN VELASCO, G. (coord.) *El gobierno...* op. cit. p. 387; En el mismo sentido, INFORME OLIVENCIA, ap. 2, p. 9, donde indica que “*las medidas de buen gobierno de las sociedades han de centrarse, como núcleo fundamental, en los Consejos de Administración, en su funcionamiento y en las condiciones de sus miembros*”

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, M. C., “Los comités de auditoría: factores relacionados con su creación y eficacia”, en *Técnica Contable*, abril 2005, nº 674, *passim*, donde se recogen esquemas de trabajo teóricos de investigación y correlaciones tanto sobre la constitución del comité de auditoría como sobre la eficacia de la resolución de problemas derivados de la relación de agencia.

¹¹ Para una visión completa de la Comisión Delegada, Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejo de Administración*, Ed. Montecorvo, Madrid 1971

¹² PAZ ARES, C., “Reflexiones sobre la distribución de poderes de la moderna Sociedad Anónima (Teoría crítica de M. A. Eisemberg)”, en *RDM*, nº 146, oct.-dic. 1977, p.596, recoge la propuesta de EISEMBERG (*Monitoring Model of the Board*) basada en la reducción del papel del Consejo a la supervisión de los ejecutivos para lo que considera necesario la creación de un *Comité de Censura* integrado por directores (administradores) independientes.

contaran con un Comité de Auditoría compuesto por miembros del Consejo sin funciones ejecutivas¹³.

El informe del BLUE RIBBON COMMITTEE¹⁴ es la respuesta al encargo hecho en 1988 por la NYSE y la National Association of Securities Dealers (NASD). Se estructura en forma de recomendaciones (10) referentes a los diversos aspectos del Comité de Auditoría, con dos ejes de referencia: la transparencia y la independencia (*"We note that disclosure and transparency have become the first hallmarks of good governance looked by investors"*). El Informe trata con sumo detalle y sentido práctico aspectos como la composición del Comité, la independencia de sus miembros, el número mínimo de componentes, el reglamento interno de funcionamiento del Comité (escrito), las relaciones del Comité con el auditor externo, discusión de los principios contables generalmente aceptados (GAAP) y comunicaciones del Comité respecto de su actividad desarrollada.

El AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI) publicó en 1994, sus famosos *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, donde se recogían una serie de principios básicos sobre la composición y funcionamiento del Comité de Auditoría (Ap. 3A.03). Así, se establecían como deberes básicos del Comité: 1) la recomendación de la contratación y revocación de auditores, 2) la revisión de su remuneración, 3) la supervisión

¹³ GUERRA MARTÍN, G. *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses...*, op. cit., p. 210; BEAN, J. W., "The Audit Committee Roadmap", en *Journal of Accountancy*, jan. 1999, [<http://www.aicpa.org/pubs/jofa/jan1999/bean.thm>], recoge una lista de documentos que han marcado la evolución del Comité de Auditoría:

-1987 *The Report of National Commission on Fraudulent Financial Reporting* (TREADWAY REPORT), preparado por el *Committee of Sponsoring Organisation* (COSO)

-1988 MACDONALD REPORT preparado por la *Commission to Study the Public's Expectations of Audit*

-1991 la *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* (FDICIA), tras el escándalo de las "saving and loans"

-1992 *Internal Control Integrated Framework*, publicado por COSO

-1993 *In the Public Interest. A Special Report* (POB REPORT)

-1995 *Directors, Management, and Auditors Allies in Protecting Shareholder Interests* (POB REPORT of 1995)

¹⁴ *Report and Recommendations of the BLUE RIBBON COMMITTEE on improving the effectiveness of the Corporate Audit Committees, 1999*

del nombramiento y separación del ejecutivo responsable de la auditoría interna, 4) servir de canal de comunicación entre el auditor externo y el Consejo, de una parte, y entre el auditor interno y el Consejo, de otra, 5) la revisión de los resultados de las auditorías y el contenido del informe de los auditores, 6) la revisión de los informes financieros de la sociedad, anuales o de períodos más cortos, 7) el análisis y evaluación de los sistemas de control interno, y , 8) la toma en consideración de los principios de auditoría y contabilidad propuestos por los auditores externos.

A pesar de estas normas y recomendaciones, los Estados Unidos no se libraron de la “fiebre bursátil” de los 90 ni de las irregularidades de grandes empresas cotizadas en la Bolsa (Enron, Lycos, Worldcom, etc) que produjeron, además de la pérdida de cuantiosas inversiones bursátiles, una profunda desconfianza en el funcionamiento del mercado, de una parte, y en el gobierno de la gran empresa, de otra.

Para atajar estos desmanes se promulgó el 30 de julio de 2002 la Ley 107-204, conocida como Sarbanes-Oxley Act (por el nombre de los parlamentarios encargados de presentarla y tramitarla), que fue aprobada por una abrumadora mayoría¹⁵; tal era la percepción de la urgencia de una nueva regulación legal del mundo de la empresa cotizada. Se trata de una ley de marcado carácter represivo de ciertas conductas, que puede considerarse una ley-marco, en el sentido que establece una serie de medidas a tomar y normas a desarrollar por otros organismos regulatorios, (NYSE y NASDAQ, básicamente) con calendarios muy exigentes para su puesta en funcionamiento; además, crea un organismo de supervisión de las firmas auditoras y contables, el PECAOB (Public Company Accounting Oversight Board).

La sección 301 de la Ley se dedica a los comités de auditoría, reformando la Securities Exchange Act of 1934 (sec. 10.A), estableciendo la

¹⁵ Se aprobó por 90 votos a favor frente a ninguno en contra en el Senado, y por 432 votos a favor vs. 2 en contra en la Cámara de Representantes

prohibición de “listing” de cualquier compañía emisora de títulos que incumpla la obligación de contar con un Comité de Auditoría.

Este comité estará compuesto por miembros independientes del Consejo y *será responsable de la designación, remuneración, seguimiento y supervisión de la firma de auditoría designada por la sociedad*. Además, deberá aprobar (*pre-approval*) la contratación con la firma de auditoría de servicios diferentes a esta actividad (*non-audit services*), así como la resolución de discrepancias entre el auditor y la dirección, amén de consideraciones sobre independencia de los miembros, quejas anónimas sobre el sistema contable, posibilidad de contratación de asesores externos, etc.¹⁶

A pesar de la rigidez de la Ley, la realidad de nuestros días, con la crisis del sistema financiero americano debida a la hipotecas “*subprime*” y a los criterios de valoración de estos activos, está dejando en evidencia, la distancia entre sus normas y la praxis en su aplicación real.

En otros ámbitos diferentes al mercado USA, es obligada la referencia al INFORME CADBURY, y al *Code of best Practice* anexo al Informe (1992), de gran importancia por la influencia que habría de tener en las diferentes manifestaciones de Buen Gobierno Corporativo de posterior aparición en distintos países de Europa Continental.¹⁷

En su epígrafe 4.21 recomienda la “*creación de comités del consejo, como el comité de auditoría, el de remuneraciones y el de nombramientos...*”, y, basándose en la experiencia americana y en el INFORME TREADWAY (American Treadway Commission, 1987), recomienda, a su vez (epígrafe 4.35), que todas las compañías admitidas a cotización establezcan comités

¹⁶ Para una visión exhaustiva de la Sección 301, así como para compulsar las propuestas de la NYSE y el NASD respecto a la norma 10A-3, vid. CLEARY, GOTTLIEB, STEEN & HAMILTON, *The Sarbanes Oxley Act: Analysis and Practice*, New York 2003, pp. 59-98

¹⁷ La preocupación por el buen gobierno y, en concreto la actividad que nos ocupa, ha rebasado el ámbito de la empresa trasladándose también al sector público – Gobierno y agencias gubernamentales – como atestigua *The Audit Committee Handbook*, presentado por H. M. Treasury, October 2003, inspirado como se indica en su prólogo en las recomendaciones del Informe HIGGS y el Informe SMITH

de auditoría vinculados al Consejo, con un régimen interno fijado por escrito. Asimismo, aconseja que estos comités estén integrados por, al menos, tres miembros, que sus componentes sean no ejecutivos y que, en su mayoría, sean independientes. Preconiza que el auditor externo asista normalmente a las reuniones del Comité, al igual que el Director Financiero, pudiendo asistir el resto de los miembros del Consejo. El Comité deberá tener competencias y medios para desarrollarlas, así como acceso a toda la información de la sociedad. Estará autorizado a investigar todos aquellos asuntos que sean de su competencia.

Cabe destacar los deberes que “han de establecerse a la luz de las necesidades de la sociedad”, pero que, en cualquier caso, deberían incluir los siguientes:

- formulación de recomendaciones al Consejo acerca del nombramiento del auditor externo, honorarios y toda cuestión relativa a su dimisión o despido
- revisión de los estados financieros, semestrales o anuales, antes de su presentación al Consejo
- intercambio de puntos de vista con el auditor externo sobre la naturaleza y alcance de la auditoría y cualquier punto que el auditor quiera comentar sin la presencia de consejeros ejecutivos, así como revisar la carta del auditor externo a la dirección de la sociedad
- respecto a la auditoría interna, el Comité debe velar por su dotación adecuada de recursos y su programa de trabajo, así como hacer que su responsable acuda a las reuniones del Comité con habitualidad
- revisar las declaraciones de la Compañía sobre los sistemas de control y los resultados significativos de cualquier investigación interna
- el Presidente del Comité deberá asistir a la Junta General para responder a las preguntas sobre la labor del Comité.

El epígrafe 4.36 establece la conveniencia de que el Consejo de Administración “delegue en un subcomité la revisión completa y detallada de todo lo relacionado con la auditoría”, dependiendo su efectividad (ep. 4.37) de que el Presidente cuente con la confianza del Consejo y de los auditores,

así como de “la talla profesional de los consejeros no ejecutivos que lo compongan”.

Por si fuera poco, el Apéndice 4 del Informe se dedica en exclusiva a los “Comités de Auditoría”, beneficios que pueden aportar, consideraciones respecto a la naturaleza de las Comisiones del Consejo -“*que no menoscaben la responsabilidad colegiada del Consejo de revisar y aprobar los estados financieros*”, y con un Anexo en el que se recogen, a título de ejemplo y con validez simplemente indicativa, el objeto y competencias del Comité de Auditoría

En Francia, el INFORME VIENOT I (julio 1995), procedente del grupo de trabajo CNFP-CNPF, recoge, en su apartado III-3, la recomendación de que las sociedades cotizadas se doten de un Comité de Cuentas o Comité de Auditoría que garantice la permanencia y pertinencia de los métodos contables y verifique los procedimientos internos de recogida y control de información, especificando que no se trata de entrar en los detalles de las cuentas, sino de apreciar la fiabilidad de los sistemas aplicados y el tratamiento de las operaciones más significativas. Además, deberá analizar las situaciones de conflicto de intereses y rendirá cuentas de sus actividades y conclusiones al Consejo de Administración

El Comité estará formado por, al menos, tres consejeros – ninguno de ellos ejecutivo, de los que, al menos uno, deberá ser independiente-. El Comité tiene la obligación de informar al Consejo, al menos una vez al año, sobre los honorarios pagados al auditor,

En julio de 1999 se presentó el INFORME VIENOT II (bajo patrocinio de AFEP y MEDEF) que, como continuación del de 1995, completa y matiza su contenido.

Se parte de la composición del Comité (apdo. II-23) en el que el número de consejeros independientes se eleva a un tercio; además, se obliga a dar publicidad en la memoria anual del contenido de sus reuniones (apdo. II-26); se establece la posibilidad de que el Comité tome contacto con los

principales responsables de la dirección (apdo. III-28), así como poder contar con apoyo de expertos externos con cargo a la sociedad (apdo. III-29). El Comité tiene la obligación de informar al Consejo, al menos una vez al año, sobre los honorarios pagados al auditor, los servicios de asesoría contratados con él y la importancia de los pagos por estos servicios en el conjunto de sus honorarios, velando, en todo caso, por su independencia.

En septiembre de 2002, bajo los auspicios de MEDEF y AFEP-AGREF, se dio a conocer el informe BOUTON (*“Pour le meilleur gouvernement des entreprises cotées”*), basado, fundamentalmente, en el principio de transparencia (*“transparence entre l’exécutif et le Conseil d’administration, transparence de la gestion vis à vis du marché et transparence dans la relation des actionnaires, notamment à l’occasion de l’Assemblée Générale...”*).

Dando por sentadas las indicaciones de los Informes VIENOT I y II, el Informe BOUTON parte de la conveniencia de que el Comité se dote de un reglamento de funcionamiento, aprobado por el Consejo, así como de que los informes del Comité al Consejo permitan a éste un seguimiento completo de sus actividades que, a su vez, deberán hacerse públicas en la memoria anual. Sugiere pasar de un tercio a dos tercios el número de componentes que sean consejeros independientes e insiste en la experiencia financiera y contable de los miembros del Comité, y recomienda que a sus reuniones asista el director financiero y de tesorería. Entre las actividades del Comité cita: el análisis del “perímetro de consolidación”, el seguimiento de la auditoría interna y del control de riesgos, la selección y relaciones de los “Commissaires aux Comptes”, sus honorarios y la parte de su facturación total que representan los pagos de la sociedad o grupo.

Con parecido tratamiento, adaptado a las circunstancias de cada mercado, otros Códigos e Informes recogen en sus recomendaciones la figura del Comité de Auditoría. Sin pretender agotar la larga lista que compone estos Códigos, cabe mencionar el Informe WINTER (noviembre de 2002), cap. IV-5; los *Principles of Corporate Governance* de la OCDE (1999), IV-c; el *Codice di Autodisciplina* (julio 2002) en Italia, cp. 10; el *Código*

Alemania de Gobierno Corporativo (2002), apdo. 5.3; el *Swiss Code of best practice for Corporate Governance* (200), apdos. 23 y 24; etc.

En España, como se ha señalado,¹⁸ *“El problema de la adopción de medidas para mejorar el gobierno corporativo y aumentar la transparencia de las empresas se va realizando unas veces por vía legislativa, y otras[...] por medio de recomendaciones más tarde transformadas en reglas jurídicas”*.

Aunque en algunos casos se cite como precedente práctico en nuestras empresas las comisiones del Consejo de Administración del Banco de Vizcaya (hoy integrado por fusión en el BBVA), en fecha tan alejada como 1978¹⁹, no es hasta bien entrados los 90, y una vez que la práctica de la auditoría externa deviene obligatoria a raíz de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988 y por la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de ese mismo año, ratificado por el TRLSA en sus artículos 203-211, cuando puede hablarse de un auténtico precedente en el tema que nos ocupa.

El CÍRCULO DE EMPRESARIOS hizo en 1996 una “Propuesta de Normas para un Mejor Funcionamiento de los Consejos de Administración” en el que, dentro de sus sugerencias, incluye (apdo. 2.12) la existencia de un Comité de Auditoría que coadyuve a resolver el problema de falta de información del Consejo y proporcione el necesario apoyo al auditor externo, asegure su independencia y sirva de conexión entre éste y el equipo ejecutivo, *“Un Comité de Auditoría eficaz e independiente será la mejor garantía para el mejor funcionamiento del Consejo de Administración si cuenta con plena autoridad para investigar, recursos suficientes para hacerlo y pleno acceso a toda la información”*.

¹⁸ TORRENT, A. y otros, “Comités de Auditoría” en *RDM*, sept.-dic. 2003, p. 1638,

¹⁹ Vid. SANZ PARAISO, L. F., “Las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento” op.cit., p.390. La realidad es que se trataba de comisiones de muy diversa índole que tenían como función fundamental la *formación e información de los consejeros* en técnicas bancarias de reciente incorporación a la gestión de la banca española, (desaparición paulatina del control de cambios, apertura al endeudamiento en divisas, etc.), lo que, unido a la llegada de bancos extranjeros al mercado español, exigió un amplia “puesta al día” por parte de toda la estructura de los bancos más competitivos. Por ello, aunque puedan tener alguna afinidad, no creemos que pueden asimilarse con la concepción de las comisiones del Consejo del movimiento de Gobierno Corporativo

El CÓDIGO OLIVENCIA, así como su correspondiente Informe, responden a la iniciativa del Vicepresidente Segundo del Gobierno quien, el 23 de febrero de 1997, propuso la creación de una Comisión Especial para el estudio del Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Por Orden Ministerial de 24 de marzo de 1997, se designan los componentes de la Comisión Especial, presididos por el catedrático de Derecho Mercantil D. Manuel Olivencia. El 30 de junio de ese año se constituyó la Comisión y el 26 de febrero de 1998 se presentó su Informe.

En la recomendación 8 se recoge la conveniencia de *“que el Consejo de Administración constituya en su seno Comisiones delegadas (sic.) de control, compuestas exclusivamente por consejeros externos, en materia de información y control contable (auditoría)...”*, así como (rec. 20) *“que toda la información financiera que además de la anual se ofrezca a los mercados[...]antes de ser difundida sea verificada por el Comité de Auditoría”*. Además aconseja (rec. 21) *“que el Consejo de Administración y la Comisión de Auditoría vigilen las situaciones que puedan suponer riesgo para la independencia de los auditores externos y, en concreto, que verifiquen el porcentaje que representan los honorarios satisfechos por todos los conceptos sobre el total de los ingresos de la firma auditora, y que se informe públicamente de los correspondientes a servicios profesionales de naturaleza distinta a los de auditoría”*.

A la vista de estas recomendaciones, se perfilan ya las líneas generales del Comité de Auditoría que quedan formuladas más explícitamente en el Informe previo, donde se califica simultáneamente a esas comisiones de “comisiones delegadas”, “comisiones delegadas de control” u “órganos de apoyo” (3.1), dejando que sea el Consejo quien establezca sus competencias y funciones. Sin embargo, se señalan los cometidos básicos - que han de entenderse como mínimos - y que, en lo que concierne a la Comisión de Auditoría, se centran en *“evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno”*. Las comisiones deberán estar constituidas exclusivamente por consejeros externos.

En lo referente a las relaciones del Consejo con los auditores (apdo. 11), se parte de la “importancia capital” de la Auditoría como pieza del sistema de control de las Sociedades Anónimas, y de la necesidad de que el Consejo de Administración asegure *“que los auditores realizan su misión convenientemente y, en especial, que trabajan libres de interferencias de la línea ejecutiva”* (11.1).

Para ello se recomienda que la Comisión de Auditoría esté dotada de una serie de competencias mínimas, a saber:

- proponer la designación del auditor, condiciones y alcance del mandato y, en su caso, su revocación.
- revisar las cuentas de la sociedad y vigilar el cumplimiento de los requerimientos legales y los principios de contabilidad generalmente aceptados (GAAP) así como las propuestas de modificación
- servir de canal de comunicación entre el Consejo de Administración y los auditores, evaluar los resultados de cada auditoría y las respuestas del equipo de gestión a sus recomendaciones y mediar y arbitrar en las discrepancias entre auditores y gestores
- comprobar la adecuación e integridad de los sistemas de control interno y revisar la designación y sustitución de sus responsables
- supervisar el cumplimiento del contrato de auditoría

En relación con el grado de independencia del auditor, se recomienda, además de su verificación, abstenerse de contratar aquellas firmas en las que los honorarios percibidos de la compañía auditada supongan un porcentaje significativo (10%) de sus ingresos totales. Por último, en el caso de que ciertas reservas o salvedades no puedan resolverse con los auditores, la Comisión de Auditoría *“debe procurar que tanto el Consejo como los auditores informen claramente sobre las discrepancias, explicando su contenido y alcance a los accionistas y a los mercados”* (apdo. 11.3).

La CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores) publicó el 19 de marzo de 1998 su *Reglamento Tipo del Consejo de Administración Ajustado al Código de Buen Gobierno*. En su artículo 1 se establece que las normas de

conducta establecidas en ese Reglamento se aplicarán no sólo al Consejo de Administración, sino también a los altos directivos de la empresa, en un claro deseo de homologación del tratamiento de quienes, en la realidad, ejercitan el poder.

No es tan claro su artículo segundo cuando indica que el Reglamento ha de interpretarse “de conformidad con las normas legales y estatutos –en el caso de las normas legales, resulta ocioso– y *con los principios y recomendaciones de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades*”(Código OLIVENCIA) lo que, en alguna medida, da entrada a la aplicación de recomendaciones sin fuerza coercitiva legal por la vía de la regulación reglamentaria.

La modificación del Reglamento sólo podrá hacerse, mediando una memoria explicativa, a iniciativa del Presidente, de tres Consejeros, o “de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento” y se decidirá por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes en la sesión del Consejo. Esta facultad de iniciativa, debidamente justificada, que se reconoce al Comité de Auditoría implica un paso adelante en la potenciación de su papel e importancia en el seno del órgano de administración.

A pesar de la inclusión en el artículo 14 (Órganos Delegados del Consejo de Administración) de las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento y de Nombramientos y Retribuciones, el Reglamento se apresura a aclarar que estas Comisiones contarán “*únicamente con facultades de información, asesoramiento y propuesta*”, explicación que, de una parte, aclara su auténtica naturaleza, y, de otra, corrige un claro error de sistemática normativa. La Comisión de Auditoría y Cumplimiento estará compuesta por consejeros externos (sin que se especifique el número) (art. 16.1), deberá reunirse, al menos, cuatro veces al año y podrán asistir, a requerimiento de la Comisión, cualquier miembro de la dirección y los auditores (art.16.5), pudiendo recabar el asesoramiento de profesionales externos con cargo a la compañía en las condiciones que establece el art. 27.

En el art. 16.2 del Reglamento se enumeran las responsabilidades básicas del Comité –que han de entenderse como enumeración de mínimos– y que consisten en añadir a las mencionada en el Informe OLIVENCIA, repetidas textualmente, (vid. *supra*), la función de revisar los folletos de emisión y la información financiera periódica que se suministre a los mercados y a los supervisores, de una parte, y examinar el cumplimiento del Reglamento Interno del Mercado de Valores, así como las reglas de gobierno de la compañía, de otra. Las relaciones del Consejo con los auditores externos se encauzarán a través de la Comisión de Auditoría (art. 44.1).

El Informe ALDAMA (enero de 2003) –*Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades*–, a pesar de ser posterior a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (conocida como Ley Financiera), donde se recoge por primera vez en España la obligación de ciertas sociedades de constituir un Comité de Auditoría, incluye en su apartado 5.2 –con referencia explícita a esta Ley– algunas particularidades del mismo como es la obligación de contar con un reglamento interno de la Comisión, dentro del Reglamento del Consejo, y algunas funciones que no coinciden, aunque las complementa, con las que la Ley enumera, con carácter de mínimos, en su artículo 47.

El reciente CÓDIGO UNIFICADO, al tratar del Comité de Auditoría, “*conjuga lo previsto en la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005 con lo establecido de forma imperativa por la Disposición Adicional 18ª de la Ley del Mercado de Valores*”. Así, recomienda (Rec. 45) que sus miembros, y en particular su presidente, se designen “teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos”. Igualmente, recomienda (Recs. 46 y 47) que las sociedades cotizadas dispongan de una función de auditoría interna que “bajo la supervisión del Comité de Auditoría” vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno. A éste se le deberá someter el plan de trabajo de auditoría interna por su responsable, informar de las incidencias de su desarrollo y remitirle al final del ejercicio un informe de actividades.

Se recomienda, asimismo, una política de control y gestión de los riesgos de distinta naturaleza, la fijación de niveles establecidos por la sociedad, los sistemas para mitigar los impactos adversos de esos riesgos y los sistemas de control e información internos relativos a su gestión , incluyendo los riesgos del “fuera de balance” (*off balance sheet*) o cuentas contingentes (Rec. 48).

En cuanto a las funciones del Comité de Auditoría, el Código las agrupa en dos grandes bloques: las relacionadas con los sistemas de información y control interno y las que se refieren al auditor externo (Rec. 49).

En el primer grupo se incluye la supervisión de la elaboración de la información financiera de la sociedad (o, en su caso del grupo), así como la integridad de la misma, criterios, requisitos normativos y perímetro de consolidación, la revisión del sistema de control interno y de gestión de riesgos, velar por la independencia de la función de auditoría interna – proposición de nombramiento, reelección o cese de su responsable, recibir información periódica de sus actividades y vigilar el cumplimiento de las recomendaciones a la alta dirección– y, finalmente, establecer y supervisar el sistema de denuncias anónimas de irregularidades (*whistleblowing*), con respeto riguroso de las limitaciones establecidas por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.²⁰

Las funciones relacionadas con el auditor externo se refieren a la propuesta al Consejo para su selección, nombramiento, reelección o sustitución, sin que el Código clarifique si se trata de una propuesta vinculante o no al Consejo a la hora de que éste lo presente la Junta General que, en última instancia, es quien debe decidir. Asimismo, el Comité de Auditoría deberá recibir regularmente del auditor externo información sobre el plan de auditoría y sus resultados y verificar que la dirección tiene en cuenta sus recomendaciones. La independencia del auditor externo debe quedar asegurada (Rec.49.2º.c) y para ello se recomienda que el cambio de auditor

²⁰ El entonces Presidente de la CNMV, Manuel Conthe, anunció (29.1.2007) crear una línea confidencial que facilite “chivatazos” sobre conductas sospechosas, como una de las medidas a poner en marcha en su lucha contra la información privilegiada

se comuniqué como hecho relevante a la CNMV con determinadas explicaciones caso de existir discrepancias, asegurarse del cumplimiento de las normas de independencia (prestación de servicios “non audit”, concentración del negocio del auditor, etc.), y el examen de las circunstancias que hayan podido concurrir en caso de renuncia del auditor.

Además de estas funciones, el Código UNIFICADO contempla la posibilidad de que el Comité de Auditoría pueda convocar a sus reuniones a empleados o directivos de la sociedad, conjunta o aisladamente (Rec. 50).

Entre las funciones-obligaciones de información del Comité de Auditoría el Código distingue las destinadas al Consejo (Rec.51) –información financiera, participación en *special purpose vehicles* domiciliados en paraísos fiscales, operaciones de especial complejidad o sofisticación financiera, operaciones vinculadas- y las que se dirigen a la Junta General (Rec. 52) para explicar el contenido y alcance de las reservas de los auditores, en el caso de que existieran. En el Código no se contempla, por el contrario, la posibilidad de los accionistas de dirigirse directamente al Presidente del Comité de Auditoría, tanto con anterioridad a la Junta, como durante su desarrollo.

III. NATURALEZA JURÍDICA: SU PROXIMIDAD AL CONCEPTO DE ÓRGANO

Existe una coincidencia generalizada por parte de la doctrina y de los Códigos de Buen Gobierno en calificar las Comisiones del Consejo de Administración, a excepción de la Comisión Delegada, si la hubiera, como elementos coadyuvantes o preparatorios de las reuniones del Consejo que contribuyen a mejorar su capacidad para el eficiente ejercicio de sus funciones de administración y control, sin atribuirles condición de órgano,²¹ dado su carácter voluntario (salvo la de Auditoría), la carencia de facultades de decisión delegadas por el Consejo y la ausencia de reconocimiento legal

²¹ Quizás la excepción más significativa a esta consideración sea la del Comité de Control de la Gestión (CCG) del sistema monista reformado introducido en Italia por la Ley de 3 de octubre de 2001, n.366 y desarrollado por el D. Leg. de 17 de enero de 2003, n. 6.

(al menos, en su primera fase)²². Sin embargo, en el caso de la Comisión de Auditoría, La Ley 44/2002, en su artículo 47, le confiere carácter de obligatoriedad para las sociedades cotizadas, fijando, con consideración de mínimos, el contenido de sus funciones. En estas circunstancias, como indica SÁNCHEZ CALERO²³, “*cuando interviene la ley y crea tal comité al que le asigna determinadas funciones[...]nos hallamos ante un órgano*”, no sin añadir a continuación algunas cautelas respecto al papel difuso de la expresión “órgano” dentro de la teoría general de las personas jurídicas.²⁴

Al margen de la consideración de órgano o casi-órgano, debe quedar claro que, en el caso de la Comisión de Auditoría, el Consejo no delega funciones de decisión en ella – como sería el caso de una Comisión Delegada – sino que, al recibir sus funciones directamente de la Ley encaminadas a complementar y apoyar la labor del Consejo de Administración, nos parece inadecuada la calificación de “comisiones delegadas” con que aparecen en el Código Olivencia.²⁵ Siguiendo con el argumento del Profesor SÁNCHEZ

²² IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W. “La Comisión de Control de Cumplimiento Normativo (Compliance Committee) del Consejo de Administración”, en *RDBB*, nº 92, sept.-dic. 2003, pp. 93 y 94, se refiere a la especialización de las comisiones y a su carácter voluntario y consultivo; SANZ PARAISO, L. F. “Las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento”, op. cit. p. 391, afirma que “*hemos de negar que nos encontremos ante auténticas Comisiones con delegación de facultades*”

²³ SÁNCHEZ CALERO, F. “Líneas generales del Régimen del Comité de Auditoría...”, op. cit., pp.741 y 746.

²⁴ En parecidos términos se expresa MATEU DE ROS, R. *La Ley de Transparencia y las Sociedades Anónimas Cotizadas*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2004, p.63; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima” en AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp.1753 y 1754, “*Pese a la terminología habitualmente empleada, la delegación de facultades no debe ser entendida en el sentido de posibilitar la creación de órganos independientes, de forma que, junto al consejo de administración, surgiese otro con su esfera de competencias propia. Cualquiera que sea la modalidad y estructura del órgano delegado (incluso si es obligatoriamente impuesta por los estatutos), las competencias atribuidas las sigue conservando el consejo, creándose así una esfera de “facultades concurrentes”. Aunque exista delegación de facultades en sentido propio, ello no conduce a alterar la estructura monista y la existencia de un único órgano de administración sin que quepa admitir una dualidad de órganos al estilo germánico*”

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Líneas generales...”, op cit. p. 199 y del mismo autor, *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 26 de marzo de 2001, p. 246; ESTEBAN VELASCO, G. “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el Gobierno Corporativo” en AAVV. ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno...* op. cit. pp. 176, 207 y 208; FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A. “Reflexiones sobre el Informe Aldama”, en *RIEE*, nº1, 2003, *La Empresa Española en el siglo XXI*, vol. II, *El*

CALERO, *se trata de un comité que ha de considerarse como un medio de ayuda o auxilio del Consejo cuya actividad en cierto modo vigila*, lo que, a su vez, provoca una cierta contradicción al conferir una función de vigilancia sobre los ejecutivos a quienes son responsables de los mismos (el Consejo de Administración), por lo que *siendo esto así, seguramente sería más efectivo que los miembros del Comité de Auditoría fueran ajenos al Consejo de Administración, bien constituyendo un órgano independiente, o bien insertando el Comité en el Consejo de Vigilancia amplio, como acontece en el sistema dualista*.

Respecto a tan original propuesta, nos parece que la estructura dualista evidencia una mejor adecuación y funcionalidad en el desarrollo del papel de vigilancia y control del ejecutivo,²⁶ quedando claro que el sistema monista ha de hacer adaptaciones un tanto artificiales para conjugar adecuadamente el doble papel de administración y control de la sociedad. Como expresa muy acertadamente ESTEBAN VELASCO, *“Tal vez una mayor precisión pudiera evitar algunas superposiciones en la configuración y distribución de los papeles gestores orgánicos en la cima [...] que provoca la impresión de que predominando la preocupación por configurar y asegurar la función de vigilancia en el Consejo, se ha creado una cierta dilución de la función de gestión en el nivel orgánico a que se refiere, no lo olvidemos, la normativa legal de responsabilidad civil de los arts. 133-135 LSA [...] Por eso advertía antes sobre el riesgo de que estas propuestas acentúen más que eliminen la natural ambigüedad del sistema monista”*.²⁷ En buena medida

Gobierno Corporativo, p. 142; LÓPEZ COMBARROS, J. L., “El Gobierno de la Empresa en España, Reflexiones sobre el Comité de Auditoría”, en RIEE, nº 1, *La Empresa Española en el siglo XXI* vol. II, *El Gobierno Corporativo*, Madrid, 2003, p. 178; CNMV *Reglamento Tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno*, Madrid, 19 de mayo de 1998, art. 14.1; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, en AAVV., RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros (dirs.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T.II, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp.1101 y 1102, entiende que las funciones de la Disposición Adicional 18ª LMV no implica delegación de funciones “ni siquiera en sentido lato”.

²⁶ Para una visión completa del origen y funcionamiento del sistema dualista alemán, vid. ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap. V, pp.390-483, así como el Reglamento (CE), nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, *por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*, (SE), arts.39-42 y 46-51.

²⁷ ESTEBAN VELASCO, G. “La renovación...” op. cit. p. 177; en el mismo sentido se manifiesta TRÍAS SAGNIER, M., “El Consejo de Administración como Órgano Garante del

estas ambigüedades podían haberse resuelto, o al menos reducido sensiblemente, si el Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea hubiese previsto una mayor aproximación de modelos, posibilitando la coexistencia de ambos (monista y dual) a elección de las sociedades antiguas o de nueva creación, domésticas o multinacionales, cual es el caso de Francia e Italia, países tradicionalmente vinculados al sistema monista de Consejo de Administración.

En resumen, si partimos del concepto de “órgano social” tal como lo entiende una buena parte de la doctrina,²⁸ como *“aquellas personas físicas o pluralidad de éstas a las que la ley faculta para decidir sobre asuntos sociales manifestando la voluntad de la sociedad y para desenvolver en general la actividad de ésta”*, nos encontramos con que el Comité de Auditoría, si bien no cumple rigurosamente con todos los requisitos, en la medida que, según el art. 47 de la Ley Financiera, no decide, se aproxima mucho al concepto de órgano,²⁹ pudiendo aventurarnos a calificarlo como un “cuasi-órgano” o un “órgano *sui generis*”,³⁰ que recibe el contenido de sus funciones de la propia ley, sin que el Consejo o la Junta General las pueda

Buen Gobierno de la Sociedad Cotizada”, en *RdS*, nº 21, 2003-2, p.178, cuando afirma que *“se trata de un remedio propio de los sistemas monistas para superar la tensión producida por la conjunción de funciones ejecutiva y supervisora. Si bien los códigos de gobierno se esfuerzan en destacar que la formación de comisiones no debe detraer las competencias propias del consejo reunido en forma plenaria, no deja de representar una cierta contradicción que los temas más conflictivos deban ser discutidos por órganos delegados”*

²⁸ Vid. URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid 1992, T.V, p. 28

²⁹ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., pp.1090 y 1096, lo califica de órgano necesario (a raíz de la Ley Financiera de 2002). Esta consideración plantea algunas interrogantes, como su ámbito de aplicación...”pero sobre todo el encaje del *nuevo órgano* (s.n.) en el conjunto del sistema de gobierno societario”.

³⁰ El Reglamento de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento de IBERDROLA (art. 1.1) lo define como *“órgano interno permanente y consultivo, sin funciones ejecutivas, con facultades e información, asesoramiento y propuesta dentro de su ámbito de actuación...”*, definición que elimina cualquier función que pueda comprometer a la sociedad frente a terceros, con lo que excluye un elemento consustancial del órgano social, lo que induce a pensar que la utilización del término órgano es más literaria u organizativa que societaria (legal).

cercenar o anular, pero que no sustituye, sino que complementa y ayuda, al desarrollo de las del Consejo de Administración.³¹

IV. COMPOSICIÓN

Como ya hemos visto, la Ley 44/2002 añade una disposición decimoctava a la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en la que se obliga a ciertas sociedades –emisoras de valores cuyas acciones u obligaciones estén admitidas a negociación en el mercado secundario de valores– a contar con un Comité de Auditoría *el cual deberá tener mayoría de consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración*.³² El Presidente de la Comisión³³ deberá ser elegido entre los consejeros no ejecutivos –sin que se especifique por quién-³⁴ por una duración máxima de cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un año desde su cese.³⁵ *El número de miembros, las competencias* (salvo las que se enumeran en ese mismo artículo con carácter de mínimos) *y las normas de funcionamiento de dicho*

³¹ A estos efectos, resulta significativa la mención del INFORME BOUTON cuando establece que, “*Le Comité(des comptes) ne doit en effet pas se substituer au Conseil mais être une émanation que facilite le travail du Conseil*” (p. 11), o la SWEDISH SHAREHOLDERS ASSOCIATION (ap. 5.1) donde se indica que « *The Audit Committee should be a sub-committee of the board and does not exempt the board from any responsibility* »

³² Cabe preguntarse si la mayoría para su nombramiento es la de dos tercios que exige el art. 141 TRLSA para el nombramiento de los miembros de la Comisión Delegada o la mayoría simple. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1108, se inclina por esta segunda hipótesis por tratarse de una comisión “no delegada” del Consejo.

³³ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1110, lamenta que no se haya reservado la presidencia a un consejero independiente, además de haber quedado sin determinar cuál es el órgano competente para su designación [que la práctica, conduce a que sea el Conejo], lo cual puede afectar a su independencia. Además, sugiere la rotación similar a la de los auditores, aunque los plazos legales la dificulten; El CÓDIGO UNIFICADO (Rec. 45) no va más allá de propugnar “que los miembros del Comité de Auditoría, *y de forma especial su presidente*, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o control de riesgos”, lo cual apunta hacia la figura del consejero independiente, pero es compatible con la de consejeros dominicales en posesión de esas cualidades.

³⁴ La elección por los propios componentes del Comité de Auditoría aumentaría su independencia.; el Código UNIFICADO (Rec. 43.c) recomienda que el Presidente de las comisiones del Consejo, incluida la de Auditoría, sea siempre un consejero independiente.

³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. “Líneas generales...” op. cit., p. 202 plantea el problema que puede representar este plazo de duración máxima y el período de un año para la reelección del Presidente con el plazo máximo (hoy de seis años) que el TRLSA, art. 126, establece como máximo para el mandato de los miembros del Consejo de Administración

Comité se fijarán estatutariamente, y deberá favorecer la independencia en su funcionamiento.

Hay que resaltar que la Ley Financiera no se hace eco de la distinción de consejeros del Código Olivencia, donde se diferencia entre consejeros ejecutivos o consejeros internos frente a los no ejecutivos o externos; éstos, a su vez, pueden ser dominicales (representantes de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos o por acuerdos con otros) e independientes (nombrados en razón a su alta cualificación profesional, al margen de que sean o no accionistas). La exigencia de una mayoría de consejeros no ejecutivos –sean dominicales o independientes– contradice en alguna medida la apelación que el propio artículo hace al “funcionamiento independiente del Comité”, ya que bien podría estar compuesto, exclusiva o mayoritariamente, por consejeros “dominicales”, lo que se aviene mal con el amplio grado de independencia de funcionamiento propugnada.³⁶ Ciertamente, en la medida en que el concepto de consejero independiente no tenga un reconocimiento legal claro, es difícil ir más lejos, si bien podría, al menos, haber exigido que el Comité estuviese compuesto exclusivamente por consejeros no ejecutivos (externos), tal como recomienda el CÓDIGO UNIFICADO (Rec. 43.b).

Aunque del tenor literal del tan mencionado artículo 47 de la Ley Financiera no pueda deducirse que el Comité de Auditoría tenga que estar integrado únicamente por consejeros, pues sólo indica que “deberá tener mayoría de consejeros no ejecutivos” sin ninguna referencia a la minoría, si la hubiese, parece que la interpretación más lógica es que el resto de los miembros sean consejeros, aunque, en el límite, podrían tener cabida personas ajenas al Consejo de Administración designadas por éste y en minoría. En este caso, hipotético y poco realista, se plantearían serios problemas de aplicación de los deberes que la ley impone a los consejeros y, en consecuencia, de las responsabilidades derivadas de su incumplimiento

³⁶ Vid. SPENCER STUART, *España 2004. Índice Spencer Stuart de Consejos de Administración*, p. 9, donde se señala que el 58% de los consejeros pertenecientes a las Comisiones de Auditoría pueden ser calificados de independientes.

basadas en el principio de la colegialidad y la solidaridad de todo el Consejo.³⁷

En contra de lo que ocurre en otras normativas, sorprende en nuestro sistema la ausencia de requerimientos cualitativos³⁸ ya que en la ley no se hace mención a la experiencia de sus miembros en temas financieros y contables, (“*financial literacy*”)³⁹ a la que aluden con frecuencia los códigos y legislaciones extranjeras.⁴⁰ Además se suelen incluir requerimientos tales como “actitud independiente de los consejeros en relación a la dirección”,⁴¹ “integridad”, “capacidad para dedicar el tiempo y las energías requeridas por la función”, “capacidad para emitir juicios honestos y directos”, etc.⁴²

Esta carencia de la legislación se ve en parte completada por la Recomendación 45 del Código UNIFICADO donde se propugna que los miembros del Comité, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos.

³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en la Sociedades de Capital*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p.747 plantea esta posibilidad para evitar la coincidencia de controladores y controlados.

³⁸ PWC, *Audit. Committees. Good practices...*, op. cit., p. 17, y LÓPEZ COMBARROS, J.L. “El gobierno de la empresa en España...”, op. cit. pp.176 y 177

³⁹ Por todos, vid. sec. 407 de la Ley Sarbanes-Oxley y su Annex 3; *The Audit Committee Handbook* precisa para los miembros del Comité de Auditoría: “*knowledge/skills/experience (as appropriated and required) in 1) Accounting, , Risk Management, Audit and Technical or Specialist issues pertinent to the organisation’s business; 2) Experience of managing similar sized organisations; 3) Understanding of the wider relevant environments in which the organisation operates; 4) Detailed understanding of the government environment and accountability structures*”.

⁴⁰ Vid. READ, W. J. y RAGHUNANDAN, K., “The State of the Audit Committees”, en *Journal of Accountancy*, 191, 2002, pp.57-62, donde se analiza la correlación entre determinados aspectos cualitativos de los componentes de los comités de auditoría y la eficacia de su funcionamiento.

⁴¹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría”, op. cit., p.30, propugna que, con el fin de preservar la independencia de los miembros del Comité de Auditoría, su duración en el cargo se someta a las mismas normas que el nombramiento de auditores: “*un mínimo de tres años y un máximo de nueve y con tres años de carencia para poder ser nuevamente contratados*”

⁴² Hay autores como VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1106, que consideran que esta componente cualitativa [antes de la publicación del CÓDIGO UNIFICADO] hay que canalizarla a través de exigencias -*rectius*, recomendaciones- de los Códigos OLIVENCIA (“elevada capacitación”) y Aldama (IV.5.2) - “habrá de tenerse en cuenta sus conocimientos y experiencia” -.

Además de los requerimientos cualitativos de profesionalidad y experiencia de sus miembros, son importantes los aspectos relativos a sus facultades y a la disponibilidad financiera que garanticen su correcto funcionamiento. Como se ha señalado,⁴³ *“los requerimientos básicos para la eficacia del Comité de Auditoría son que debe estar formado por personas independientes de la dirección de la sociedad, con la preparación técnica adecuada y deber contar con los recursos y facultades necesarias para su adecuado funcionamiento.”*⁴⁴

Respecto a la organización interna, al funcionamiento y al número de componentes del Comité, la ley deja que sean los estatutos sociales los que los regulen con la única condición de que se “deberá favorecer la independencia en su funcionamiento”.⁴⁵

Es habitual en la mayoría de los ordenamientos que se establezca el número mínimo de componentes –en general tres– y que se introduzca la obligación de que el Comité se dote de un reglamento interno con la posibilidad de que esté incorporado a los estatutos (en nuestra ley es obligatorio que figure en ellos) o sea independiente de los mismos.⁴⁶

El Código UNIFICADO (Rec. 43) recomienda que las reglas de composición y funcionamiento del Comité de Auditoría figuren en el Reglamento del

⁴³ LÓPEZ COMBARROS, J.L. “El gobierno de la empresa en España...”, op.cit. pp.173-183

⁴⁴ VAFEAS, N., “Audit Committee Appointments: is independence the only factor that counts?”, en *Journal of Accountancy*, October 2001, donde, tras una encuesta de 262 miembros de comités de auditoría, se analizan los criterios dominantes para su nombramiento, concluyendo que el manejo de un único criterio – la independencia – implica el desperdicio de otros que se podrían añadir en su nombramiento.

⁴⁵ Vid. KLEIN, A., “Audit Committee, board of director characteristics, and earnings management”, en *Journal of Accounting and Economics*, 33(3), August 2002, pp.375-400; GENDRON, Y. y BEDARD, J., “On the constitution of audit committees effectiveness”, en *Accounting Organizations and Society*, 31(3), April 2006, pp.211-239

⁴⁶ Por todos, BLUE RIBBON COMMITTEE, cit., donde se indica: - *The Committee recommends... (to) have an audit committee comprised solely of independent directors* (rec. 2); - *to have an audit committee composed of a minimum of three that at least one member of the audit committee have accounting or related financial management expertise* (rec. 3); - *to include a letter of the audit committee in the companies annual report to shareholders and Form 10-K Annual Report disclosing*

Consejo, que el número de sus componentes no sea inferior a tres, que todos ellos sean consejeros externos y que su Presidente sea un consejero independiente.

V. FUNCIONES Y COMPETENCIAS

En el tan mencionado artículo 47 de la Ley 44/2002 se establecen una serie de funciones del Comité de Auditoría que tienen la condición de mínimas –además de imperativas– y que, por ende, pueden ser completadas o especificadas con más concisión en los estatutos sociales (*El número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento de dicho comité se fijarán estatutariamente*). Este carácter de mínimos le confiere al texto legal una cierta vaguedad e inconcreción⁴⁷ que contrasta con el detalle y los

⁴⁷ A pesar de ello en algunos reglamentos del Comité de Auditoría se alcanza un encomiable grado de detalle al enumerar sus funciones. Tal es el caso del BBVA (Epígrafe 3), donde se establece que el Comité de Auditoría ejercerá las siguientes funciones:

1.- Analizará, con carácter previo a su presentación al Consejo, y con la profundidad necesaria para constatar su corrección, fiabilidad y claridad, los estados financieros tanto del Banco como de su Grupo consolidado contenidos en los informes anuales y trimestrales, disponiendo de toda la información necesaria con el nivel de agregación que juzgue conveniente, para lo que contará con el apoyo necesario de la dirección ejecutiva del Grupo, en especial de su Dirección Financiera, así como del Auditor de Cuentas de la Sociedad.[...]

2.- Seleccionará al Auditor externo del Banco y de su Grupo Consolidado, así como el de todas las sociedades integradas en éste [...]

La duración de los contratos de auditoría externa – salvo excepciones que pudieran provenir de normas legales aplicables – será por períodos anuales, pudiendo ser renovados año a año si la calidad del servicio es satisfactoria y se alcanza un acuerdo en su retribución

No obstante, cada cinco años, se acudirá a un procedimiento de selección abierto a las firmas auditoras más prestigiosas [...]

3.- Velará por la independencia de la auditoría externa en un doble sentido:

- evitando que puedan condicionarse las alertas, opiniones o recomendaciones de los auditores

- estableciendo la incompatibilidad entre la prestación de los servicios de auditoría y de consultoría, salvo que no existan en el mercado alternativas de igual valor en contenido, calidad o eficiencia [...] requiriéndose en tal caso la conformidad de la Comisión [...]

4.- Verificará con la periodicidad adecuada que la realización del programa de auditoría externa se lleva a cabo de acuerdo con las condiciones contratadas [...]

Para el cumplimiento de esta función, los auditores pondrán a disposición de la Comisión cuanta información dispongan a este efecto, que podrá alcanzar, en su caso, a sus “papeles de trabajo”

matices que se regula esta materia en otros ordenamientos, y en particular, el de USA.

A) Información a la Junta General de Accionistas

A pesar de la novedad que plantea la exigencia legal de información a la Junta por parte del Comité de auditoría, hay que decir que, cuando menos, su texto no es demasiado afortunado. Antes de nada, debemos dejar claro

5.- La Comisión conocerá de aquellas infracciones, situaciones que hagan precisos ajustes, o anomalías que puedan detectarse en el transcurso de las actuaciones de la auditoría que fueren relevantes [...] cuya apreciación corresponderá a la discrecionalidad del Auditor externo que, en caso de duda, deberá optar por la comunicación.

6.- Analizará y aprobará en su caso, el Plan Anual de Auditoría Interna, así como aquellos otros planes adicionales de carácter ocasional o específico que hubieren de ponerse en práctica por razones de cambios regulatorios o por necesidades de la organización del negocio del Grupo.

Asimismo, con la periodicidad que las circunstancias aconsejen, la Comisión hará un seguimiento de ellos [...]

7.- Conocerá del grado de cumplimiento por parte de las unidades auditadas de las medidas correctoras recomendadas por la Auditoría Interna en actuaciones anteriores [...]

La Comisión será informada de las irregularidades, anomalías o incumplimientos siempre que fueran relevantes, que la Auditoría Interna hubiera detectado en el curso de sus actuaciones [...]

8.- Conocerá y emitirá opinión sobre el nombramiento o sustitución del Director de Auditoría Interna

9.- La Comisión velará por que la Auditoría interna cuente con la capacitación y medios adecuados para desempeñar su función en el Grupo [...]

10.- La Comisión conocerá los informes de los organismos de supervisión externos, en particular los del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros, Tribunales de la Competencia e Instituciones similares en España o en el extranjero [...]

La Comisión comprobará que se cumplimentan en tiempo y forma adecuados las instrucciones y recomendaciones de los organismos de supervisión antes indicados [...]

11.- La Comisión revisará todos los cambios relevantes referentes a los principios contables utilizados y a la presentación de los estados financieros, y se asegurará de que se da adecuada publicidad de los mismos haciendo constar expresamente que la Comisión ha efectuado la citada revisión

12.- Examinará los proyectos de Códigos de Conducta y sus reformas, que hubieren sido preparados por el área correspondiente del Grupo, y emitirá su opinión con carácter previo a las propuestas que vayan a formularse a los órganos sociales del Banco.

13.- Analizará y aprobará en su caso, el Plan Anual del Área de Cumplimiento, así como sus modificaciones, y efectuará un seguimiento de su ejecución, con la periodicidad que se considere necesaria. [...]

14.- Conocerá de las cuestiones que afecten a las conductas de los miembros del Consejo de Administración de Banco relativas al Estatuto del Consejero y de sus actuaciones en el ámbito de los mercados de valores, de las que se informará al Consejo, cuando a juicio de la Comisión fuere necesario.

que la intervención del Comité de Auditoría (entendemos que a través de su Presidente) se produce a instancia de los accionistas en una clara extensión del derecho de información que el art. 112 TRLSA les otorga, con lo cual, se ha ampliado, por la vía de la Ley del Mercado de Valores, este derecho subjetivo hasta ahora regulado en exclusiva en el TRLSA.⁴⁸

La primera duda que plantea el texto legal es la referencia a “materias de su competencia”; ¿competencia de quién, de la Junta, de los accionistas o del propio Comité de Auditoría?. Si se trata de la competencia de la Junta General, como órgano supremo que es, no tiene más limitaciones en cada caso concreto que las derivadas de su propio orden del día fijado en la convocatoria, amén de las comprendidas en los artículos 131 y 134.1 TRLSA que tratan, respectivamente, de la separación de administradores y del ejercicio de acciones de responsabilidad contra ellos, así como de la interpretación que pueda hacerse del punto del orden del día “ruegos y preguntas”. Si lo interpretásemos como de la competencia de los accionistas, es claro que el art.112 TRLSA las limita al contenido del orden del día o a los hechos públicos comunicados a la CNMV desde la última Junta, por lo que estaríamos en la misma situación que antes.

Ambas interpretaciones nos parecen inapropiadas ya que difícilmente podría pensarse que el Comité de Auditoría estuviese obligado a informar de asuntos que, como tal comité, desconoce y que son competencia del Consejo de Administración, de la Comisión Delegada o del Consejero Delegado, lo que podría suponer una perversión funcional de los órganos societarios.

Coincidimos con quienes se manifiestan⁴⁹ en el sentido de que la “competencia” se refiere a la Junta General, por una parte, y a los asuntos en los que el Comité de Auditoría haya intervenido, de otra, o más claramente, a

⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Ed Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p.716

⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. “Líneas generales...” op. cit. p. 204; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.112, se inclina por la interpretación e que sean de la competencia del Comité. De otra forma, no estarían habilitados para ello.

aquellos asuntos, que, siendo susceptibles de ser tratados en la Junta, son de competencia legal o estatutaria del Comité.⁵⁰

El segundo problema que plantea el art. 47.1 es cómo y cuándo se debe informar a los accionistas, especialmente después de las modificaciones tan sustanciales introducidas en este punto por la Ley de Transparencia.⁵¹ La primera competencia que menciona el citado artículo es la de “Informar *en* la Junta General de Accionistas...”. Si nos atenemos al tenor literal de esta norma, el Comité de Auditoría no estaría obligado a informar con anterioridad a la celebración de la Junta en los supuestos del art. 112.1 TRLSA en los que se indica (*in fine*) que “los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general”, o con posterioridad a la misma, “en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento [celebración de la Junta] los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes a la terminación de la junta”. Una interpretación rígida nos llevaría a afirmar que el Comité sólo estaría obligado a informar durante la Junta, a requerimiento de los accionistas, sobre asuntos que fueran de su competencia legal o estatutaria, lo que implicaría privar a los accionistas no asistentes a la Junta del derecho de plantear preguntas al Comité, de un lado, y transferir al Consejo esa responsabilidad relacionada con sus funciones, de otro. Además, supondría que los consejeros que son miembros del Comité de Auditoría y que conocen más a fondo determinados temas de la sociedad, estarían impedidos, en tanto que Comité, para emitir su opinión o su respuesta a las solicitudes de los accionistas por el mero hecho de haberse planteado con anterioridad -o que se haya pospuesto su respuesta a la celebración de la Junta- privando así al accionista, por tan nimia circunstancia, de la opinión más autorizada.

⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, F, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, op. cit., p.716, interpreta que “*el comité de auditoría tiene el deber de informar a los socios sobre los asuntos o materias de su propia competencia, estén relacionados con el orden del día o no*”

⁵¹ Para un análisis detallado de la Ley de Transparencia, Vid. MATEU DE ROS, R., *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas*, op. cit., en particular, pp.132 ss. sobre su impacto en el derecho de información del accionista del art. 112 TRLSA; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español” en *RdS*, año 2004-1, nº 22, pp. 87-114

Por ello nos parece que, en una interpretación lógica y teleológica, el término “*en la Junta General de Accionistas*” debería entenderse como “*con motivo de la Junta General de Accionistas*”, quedando sometido el Comité a las mismas obligaciones del resto de los administradores para aquellas cuestiones que son competencia del Comité y tienen cabida en el orden del día de la Junta.

Por último, se plantea el papel del Presidente de la Junta en cuanto árbitro de interpretación de los intereses sociales y, en consecuencia, su capacidad de enervar el derecho de los accionistas a obtener la información requerida si se pusiese en peligro el interés social (art. 112.3 TRLSA) en relación con las preguntas planteadas al Comité de Auditoría en la Junta, máxime si, como es habitual, el Presidente ejecutivo no forma parte del Comité de Auditoría.

Nos parece que si es el interés social lo que está en juego y la ley ha mantenido el sistema básico de la LSA de 1951 de establecer como único intérprete del interés social al Presidente de la Junta, salvo que la petición de información la respalde el 25 por ciento del capital, su juicio opuesto a suministrar determinadas informaciones debería extenderse a aquellas que se solicitan al Comité de Auditoría en asuntos de su competencia.

B) Propuesta de nombramiento de auditores externos

El art 203 del TRLSA establece la obligatoriedad de verificación de cuentas a cargo de auditores externos, salvo en aquellas sociedades que pueden presentar balance abreviado. La designación del auditor es función de la Junta General (art. 204 TRLSA), si bien, en determinadas circunstancias, el nombramiento de auditor externo puede corresponder al Registrador Mercantil del domicilio social (art. 205 TRLSA) o al Juez de Primera Instancia de ese mismo domicilio (art. 206 TRLSA).⁵²

⁵² Sobre nombramiento de auditores, vid. PACHECO CAÑETE, M., *Régimen legal de la Auditoría de Cuentas y Responsabilidad de los Auditores*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 113 ss.; PETIT LAVALL, M. V., *Régimen jurídico de la Auditoría de Cuenta Anuales*, ICAC, Madrid, 1994, pp. 253 ss.

Cuando el art. 47.2 de la Ley 44/2000, Financiera, se refiere a esta competencia del Comité de Auditoría fija su función en “proponer” al Consejo de Administración “para que someta” a la Junta General de Accionistas el nombramiento de los auditores externos, lo que nos permite preguntarnos en qué medida esa propuesta es vinculante para el Consejo, como parece deducirse del texto legal. Si es así, el Consejo queda en una situación de total pasividad convirtiéndose en una mera “correa de transmisión” entre el Comité y la Junta, sin ningún otro tipo de intervención por su parte. El cambio introducido en el Senado en la tramitación de la Ley a instancias de Convergencia i Unió, modificó el texto original, pasando de corresponder al Comité de Auditoría proponer directamente a la Junta General el nombramiento de auditores a la fórmula actual de transitar por el Consejo de Administración, lo que induce a afirmar a SÁNCHEZ CALERO⁵³ que “[...] *no solamente se privó al Comité de una facultad extraordinaria, sino que se reconoció legislativamente que el Consejo de Administración ha de hacer necesariamente la propuesta a la Junta General del nombramiento de los auditores, ciertamente tras haber recibido la del Comité de Auditoría, si bien la redacción del artículo da a entender que tal propuesta resulta vinculante para el Consejo*”. Da la impresión de que el legislador no quiso ir hasta un reconocimiento total de sus funciones que convertirían al Comité de Auditoría en un “cuasi-órgano” con funciones propias ante la Junta General - además de la de informar a petición de los accionistas - temeroso de que se produjese una difuminación funcional del órgano de administración en línea con la práctica de algunos sistemas regulatorios más avanzados.⁵⁴

La redacción del texto del art. 47.2 de la Ley financiera plantea, a su vez, un problema competencial delicado en el caso en que el Consejo de Administración no acepte la propuesta de auditores hecha por el Comité de Auditoría, pudiendo preguntarnos si puede rechazar la propuesta o está vinculado por la misma, como se apuntaba más arriba. Si el Comité de

⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F., “Líneas generales...” op. cit. p. 205; *Los Administradores...*, op. cit, p.750.

⁵⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1114, se inclina por mantener el criterio del Informe OLIVENCIA que atribuye la propuesta de auditores directamente al Comité

Auditoría es un órgano sin funciones delegadas, que es parte del Consejo, ¿en qué medida puede imponerle su criterio de proponer a la Junta un auditor que no goza de su confianza?, ¿son responsables los consejeros no miembros del Comité de Auditoría por la culpa (“in eligendo”) en que pueden haber incurrido los miembros del Comité si el Consejo no puede oponerse a su propuesta?.

Al margen del tema de las responsabilidades de los consejeros por actos u omisiones del Comité de Auditoría, que no incluimos en este trabajo, nos parece que el Consejo de Administración, en su actual configuración, es un órgano del que emana el Comité de Auditoría y en base al principio de su funcionamiento colegiado y responsabilidad solidaria, la propuesta de auditores debe contar con un mínimo consenso en su seno o, al menos, que la propuesta a la Junta se haga con mención explícita del desacuerdo caso de que existiera.⁵⁵ Dada la deficiente regulación legal de esta función sería conveniente, *de lege ferenda*, o volver al texto previo a la modificación sufrida en el Senado, autorizando al Comité a proponer directamente a la Junta el nombramiento de auditor externo, o modificar el texto del art. 204 TRLSA desplazando al Consejo y/o Comité de Auditoría la facultad de nombrar auditores –respetando las normas de independencia– con lo que se conseguiría mayor sintonía de todos los consejeros y un régimen de responsabilidad más nítido.

Nada dice la Ley sobre si la iniciativa para la revocación de los auditores⁵⁶ ha de proceder del Comité de Auditoría-Consejo de Administración como propuesta a la Junta General o ésta puede actuar autónomamente como órgano que los designa y, por ende los revoca, tal como puede deducirse del propio texto del artículo 204.3 TRLSA, que indica que “La junta general no podrá revocar a los auditores antes de que finalice el periodo para el que

⁵⁵ En referencia a este problema, SÁNCHEZ CALERO, F., “Líneas generales...”, op. cit. pp 213 y 214, maneja la posibilidad de que el Comité de Auditoría proponga directamente a la Junta General el nombramiento de auditores sin pasar por el Consejo de Administración, entendiendo *que en tal supuesto se produce un vicio de procedimiento que debe afectar a la actuación de los auditores, ya que incide en la validez de su nombramiento*

⁵⁶ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. J., “La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”, en *RdS*, nº 2, 1994, pp.53 ss.

fueron nombrados, a no ser que medie justa causa”. En cualquier caso, para su debate y decisión deberá estar incluido entre los puntos del orden del día lo que exige que la iniciativa proceda del Consejo que es quien lo elabora. En circunstancias normales, será el Comité de Auditoría quien, encargado del seguimiento del proceso auditor, valore la existencia o no de “justa causa” que comunicará al Consejo para su propuesta de revocación a la Junta. Ese es el proceder, por otra parte, recomendado por el Código UNIFICADO (Rec. 49. 2º a).

C) Supervisión de los servicios de auditoría interna

En relación con este punto hemos de empezar diciendo que la función o servicio de auditoría interna es algo que escapa a la estructura orgánica societaria para situarse en sede de organización interna de gestión. En múltiples casos esta función está dispersa en el “organigrama” de la empresa, o se desarrolla junto con otras funciones dentro de una misma unidad o departamento, sin que esté claramente definido cuáles son sus funciones precisas y en qué ámbito deben desarrollarse. Nos encontramos, por tanto, ante un concepto jurídicamente ambiguo.⁵⁷

Una segunda ambigüedad estriba en la utilización del término “supervisión” (en contraste con el término “dirección” que figuraba en el Proyecto antes de pasar al Senado) en la medida en que toda actividad de la sociedad debe estar supervisada y controlada por el Consejo, surgiendo algunas dudas cuando se trata del desarrollo concreto de esta función: ¿hay que pensar que esta función se desgaja del Consejo de Administración para ubicarse en la Comisión de Auditoría de forma exclusiva?; la supervisión, además de seguimiento, ¿implica algún poder de orientación, organización, contenido, etc., del correspondiente departamento o núcleo de gestión?; ¿qué medidas puede adoptar la Comisión de Auditoría en caso de discrepancia o detección de un mal funcionamiento del servicio de control interno?; ¿las puede tomar autónomamente o ha de proponerlas al Consejo para su sanción previa?; ¿es

⁵⁷ Para un acotamiento del concepto y contenido, vid. MONTAÑA OLIVER, C. y FERNÁNDEZ-SANGUINO, J., “Auditorías y control interno en España, con especial referencia al sector financiero. Aspectos legales”, en *RDBB*, nº 98, abr.-jun. 2005, p.188

esto compatible con el principio legal de autonomía de funcionamiento de la Comisión de Auditoría?.

Todas estas cuestiones arrastran una dificultad común para ser resueltas con claridad, en la medida en que la Ley, sin establecer una independencia orgánica del Comité de Auditoría respecto al Consejo de Administración, ha dotado a aquél de unas funciones exclusivas que van en detrimento de las del Consejo sin haberle desposeído a éste de esas mismas funciones y sin haber establecido un régimen de responsabilidades acorde con la estructura y funciones de cada órgano.

Por ello, no quedan más que los estatutos sociales y los propios reglamentos internos del Consejo y de la Comisión para instrumentar sus relaciones mutuas y las consecuencias que de ellas se derivan.

El término “supervisión”, no obstante, es más preciso (y hasta más ambicioso) que algunas formulaciones alternativas que hablan de “evaluación de la bondad de los sistemas de control interno”, “comprobación de la adecuación de los sistemas internos de control”, “revisión de los sistemas de control interno”, o similares,⁵⁸ en los que claramente la posición de la Comisión es más controladora, más pasiva y donde no se vislumbra ningún atisbo de autoridad o capacidad de influencia directa, limitándose a denunciar las ineficiencias e irregularidades de su estructura o funcionamiento al Consejo de Administración como último responsable.

El Código UNIFICADO [Recs. 49.1º.b) y c)] es más explícito en estas funciones al recomendar que el Comité de Auditoría “revise” periódicamente los sistemas de control interno y gestión de riesgos con objeto de que se identifiquen, gestionen y se den a conocer los principales riesgos de la

⁵⁸ A estos efectos, vid. NYSE and NASD (nov. 2003), rule 10ª-3; CNMV *Reglamento Tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno*, Madrid, 19 de mayo de 1998, art. 16.2; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles... sec. 3A.03*; Código OLIVENCIA (1988) Ap. 11.1 del Informe; CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Una propuesta de normas para el mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*, (1996), rec. 5; SWISS CODE, rec. 24; TORRENT, A. y otros “Comités De Auditoría “ op. cit., pp.1672 ss.; MONTOLYA OLIVER, C. y FERNÁNDEZ-SANGUINO, J., “Auditorías y control interno...”, op. cit., p.194, donde califica a la auditoría interna de “control de controles”

empresa, de la misma forma que “deberá velar” por la independencia y eficacia de la función de la auditoría interna, para lo cual se prevé que proponga la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable de ese servicio, proponer su presupuesto, además de recibir información de sus actividades y controlar la puesta en práctica de las recomendaciones de sus informes.

D) Conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la sociedad

Una vez más hemos de volver sobre la inadecuada terminología de la Ley Financiera al regular las funciones mínimas de la Comisión de Auditoría. Ante la complejidad técnica de la contabilidad de sociedades o grupos muy diversificados, es claro que el Consejo difícilmente puede tener una capacidad suficiente para valorar si las cifra que representan el patrimonio y los resultados de la sociedad son acordes con la realidad o, en otros términos, reflejan la “imagen fiel” de la compañía. A este objeto la importancia del papel del auditor externo es significativa de la misma forma que lo es el sistema de controles y “filtros” internos.

El proceso de información tiene dos vertientes: la vertiente interna, en la que los datos que proceden de muy diversas unidades fluyen periódicamente –o en tiempo real – hacia un centro receptor que los clasifica, procesa y contabiliza, donde, además, se hace ordenación que permita una evaluación de la gestión y de la marcha de la sociedad (“*Management Information System, MIS*”⁵⁹, sobre lo que los órganos delegados informan al Consejo; y la vertiente externa, donde el Consejo, en base a la información recibida, somete a la Junta General las cuentas y el informe de gestión y las transmite al mercado (analistas, reguladores, inversores institucionales, etc.) con datos de obligada información o relevantes para el desenvolvimiento de la sociedad.

⁵⁹ JENKINS, B., “Audit Committees: where now?”, en *Management Auditing Journal*, vol.4, nº 4, 1989

Estamos ante unas funciones de importancia capital que son el núcleo duro del gobierno corporativo de las anónimas cotizadas: la información y la veracidad. Crear una comisión obligatoria en el seno del Consejo para exigirle un simple “conocimiento” del proceso de información y de los sistemas de control interno, se nos antoja, cuando menos, de un alcance muy limitado.

Para empezar, y desde un enfoque puramente sistemático, nos parece más adecuado separar los procesos de información del control interno que, o bien podría constituir un apartado por sí mismo, o bien integrarse en el apartado anterior referido a la auditoría interna y de la que, en muchos casos, es difícil separarlo.

El Consejo debe tener la seguridad de que la información que le llega está debidamente contrastada con la Comisión de Auditoría, que, a su vez, la habrá comentado y discutido con los auditores externos. Esa seguridad se debe extender a los “estándares” contables utilizados en su confección y su adecuación a las normas generalmente aceptadas, a la eficiencia y fiabilidad de los sistemas y procesos informáticos utilizados, etc. Responsabilizar al Comité de Auditoría de todo este complejo entramado con un simple “conocimiento” está lejos de lo que creemos debe ser su función controladora y de ayuda al Consejo que, sin interferir en la gestión, debe ir mucho más lejos en sus contactos con la dirección financiera y contable y con los auditores externos.

Un gran número de códigos de buen gobierno corporativo, junto con la doctrina especializada, coinciden en atribuir al Comité de Auditoría unas funciones más amplias que las mencionadas en la Ley financiera, aunque tengan el carácter de mínimas, sobre todo en su papel de revisión de los estados contables antes de su presentación al Consejo, de la adecuación de las normas empleadas en su elaboración, así como su transparencia, la correcta aplicación de normas legales o reguladoras en su elaboración, etc. El BLUE RIBBON COMMITTEE (Rec. 8ª) alude a la conveniencia de que el auditor externo comente con el Comité de Auditoría su opinión sobre la calidad –y

no sólo la aceptabilidad- de los principios contables aplicados y otras decisiones importantes tomadas por los “managers” en la preparación de los datos contables. La Recomendación 10 propugna modificar la SAS-71 para que se exija una discusión del informe de auditoría con el Comité de Auditoría, incluyendo ajustes significativos, opiniones de los gestores, estimaciones contables, nuevas políticas contables y discrepancias con el “management”.

El Código UNIFICADO [Rec. 49.1º, a), b) y d)] recomienda que el Comité revise el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera relativa a la sociedad (o grupo), el cumplimiento de los requisitos normativos, delimitación del perímetro de consolidación y aplicación correcta de los principios contables. Además, recomienda la revisión periódica de los sistemas de control interno y gestión de riesgos en orden a que la identificación y gestión de los mismos se haga de forma adecuada. Se recomienda, a su vez, establecer y revisar los mecanismos de comunicación confidencial o anónima (“*whistleblowing*”) de irregularidades de potencial trascendencia, generalmente de naturaleza contable, que los empleados puedan detectar en la compañía.

Merece una atención especial el papel de la Comisión de Auditoría en la formulación de cuentas anuales. Tal como se recoge en el artículo 171.1 TRLSA y en los artículos 34 y siguientes del C.Com., los administradores de la sociedad están obligados a formular las cuentas anuales y el informe de gestión, así como la propuesta de aplicación de resultados en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social. Se trata de una función indelegable del Consejo.

La formulación de cuentas implica, en pura teoría, su plena asunción por parte del órgano de gestión como si él mismo los hubiese elaborado y estructurado. En la realidad, por contra, las cosas se desarrollan de manera diversa ya que la recogida de datos y la elaboración de las partidas contables y sus registros suele correr a cargo de un departamento o sección del ejecutivo especializado, en cuyo funcionamiento intervienen como supervisores tanto el servicio de auditoría interna como los auditores

externos. La intervención de estos últimos, en base a las disposiciones del art. 203 TRLSA como la LAC, (disp. adl. 1ª), contribuye, mediante verificación contable, al establecimiento de la imagen fiel del estado patrimonial, situación financiera y resultados obtenidos.

El órgano de administración deberá asumir como buenas las cuentas que los servicios de contabilidad y financiero le proponen, para lo que habrá tenido que contar con la opinión del Comité de Auditoría, en la medida que este órgano ha sido el supervisor de la elaboración de esas cuentas y de la opinión que las mismas les merece a los auditores después de su verificación. Como indican algunos representantes de la doctrina autorizada⁶⁰, *“este deber de formulación de cuentas anuales no ha de ser entendido en su significado material, comprensivo de la actividad – normalmente desarrollada por los servicios administrativos o de contabilidad de la sociedad– de redacción y confección de los documentos contables. Ha de interpretarse en su significado jurídico de asunción del contenido de esos documentos en cuanto expresan la situación patrimonial y financiera de la sociedad y los resultados del ejercicio, y de concreción del deber general de rendición de cuentas que incumbe a todo administrador”*. En términos muy similares se manifiesta otra parte de la doctrina autorizada.⁶¹

Vemos, pues, que en el proceso normal de formulación de cuentas el Consejo “las hará suyas” una vez que los servicios contables de la firma hayan elaborado los estados financieros bajo la supervisión del servicio de auditoría interna y con la intervención obligatoria del auditor externo,

⁶⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Sociedad Anónima: cuentas anuales de la sociedad y aplicación de resultados del ejercicio”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, Ed. Civitas, Madrid 1999, p. 925

⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, F. “Líneas generales...”, op. cit., p. 212, *“El hecho de la complejidad de la contabilidad en las grandes sociedades y la intervención de personas ajenas a la administración de la sociedad en la llevanza de la contabilidad, ha motivado el establecimiento de unos sistemas de control, en garantía de los interesados, de modo especial, los propios administradores y los accionistas de la sociedad.... El establecimiento por la ley con relación a las sociedades cotizadas de la obligación del nombramiento de un Comité de auditoría para la supervisión de los sistemas internos de auditoría, en el caso que existan, permite pensar que la Comisión ha de cumplir necesariamente sus funciones. Surge así la obligación del Comité de auditoría de efectuar una función de vigilancia, como comisión auxiliar de primer orden para el Consejo de administración, a la hora de formular las cuentas anuales”*.

quienes informarán al Comité de Auditoría sobre su opinión respecto a que los mismos reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la empresa, o tienen reservas o posiciones opuestas al equipo de gestión en aspectos sustantivos que puedan afectar a esa imagen fiel. Sólo después de que el Comité de Auditoría informe, con su opinión, al Consejo de Administración sobre las cuentas que remite el servicio de contabilidad, podrá el Consejo hacerlas suyas y formularlas como si fuesen propias para que La Junta las apruebe.⁶²

En el supuesto de que el Consejo no hubiese constituido el Comité de Auditoría, o, habiéndolo hecho, no tuviese en cuenta sus consideraciones, ello no viciaría el proceso de aprobación de cuentas por la Junta General, al margen de que pueda ser un acuerdo impugnabile por la vía del art. 143 TRLSA.⁶³ Sin embargo, cuando todos o algunos de los miembros del Comité de Auditoría se negasen a firmar las cuentas en el Consejo de Administración por su ignorancia de las opiniones del Comité, nos encontraríamos enfrentados al art.171.2 TRLSA donde se exige que las cuentas anuales sean firmadas “por todos los administradores”, debiéndose indicar, en caso contrario, la causa de la omisión de la preceptiva firma de los que la han omitido.

E) Relaciones con los auditores externos

Es una constante en todas las regulaciones del Comité de Auditoría que una de sus funciones básicas sea la de responsabilizarse de las relaciones entre la sociedad y los auditores externos en los múltiples aspectos en que se manifiesta.

Ya hemos visto cómo el art. 47.2 se refiere a la propuesta que el Comité debe hacer al Consejo para que éste, a su vez, la someta a la

⁶² El Código UNIFICADO (Rec. 49.1º.a) plantea como función del Comité de Auditoría la supervisión del proceso de elaboración y la integridad de la información financiera de la sociedad o, en su caso, del grupo, revisando la aplicación de los criterios contables, el perímetro de consolidación y el cumplimiento de los requisitos normativos.

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, F., op. loc. ult. cit.

aprobación de la Junta, en relación al nombramiento de auditores. Pero el nombramiento de auditores conlleva una serie de aspectos complementarios –alcance, contrato, honorarios, etc.– que requieren una interlocución más continuada y profesional que difícilmente puede ser asegurada por el Consejo y que, por el contrario, puede encontrar adecuado acomodo en el Comité de Auditoría.

Asimismo, el desarrollo del proceso de auditoría exige, a su vez, que las relaciones entre auditor y los ejecutivos cuyas actividades se auditan – especialmente si se dan diferencias sustanciales o se detectan comportamientos atípicos– estén debidamente “intermediadas” por el Consejo de Administración que, normalmente, lo hará a través del propio Comité de Auditoría. Igualmente, será el Comité quien reciba el informe de los auditores, discuta con ellos su contenido, evalúe las reservas y supervise la ejecución de sus recomendaciones.

Será el Comité de Auditoría quien, a su vez, reciba las informaciones concernientes a la independencia de los auditores en la medida en que pudiese ser puesta en peligro. La propia Ley Financiera modifica determinados aspectos de la LAC, consagrando el principio de “ser y parecer” independientes, designando al ICAC como órgano encargado de velar por la independencia y tipificando una serie de situaciones incompatibles con la misma.

En este punto, como en los anteriores, nos encontramos con una redacción tibia de las funciones del Comité de Auditoría (“Relaciones con los auditores externos *para recibir información...*”) sometiéndolo a una nebulosa competencial que dificulta su adecuado funcionamiento.

Queda claro que con la redacción del art. 47.5 el papel del Comité de Auditoría, en un punto tan decisivo como la relación con auditores externos, se ve reducido a un papel pasivo y sin una clara indicación de cuál debe ser el “modus operandi” una vez la información recibida refleje cualquier anomalía a la luz de la LAC y del RAC. De nuevo hemos de manifestar que el carácter de mínimos de las funciones del Comité de Auditoría que figuran en

el mencionado artículo 47 de la Ley Financiera, no justifica la inconcreción de su delimitación que habrá de subsanarse en la práctica a través de reglamentos internos y, sobre todo, de los estatutos sociales.

En contraste con este planteamiento de nuestro legislador, cabe reseñar la concreción de las especificaciones normativas de algunos códigos de buen gobierno y textos legales, sobre todo, en lo que concierne a la independencia del auditor. Como modelo paradigmático vamos a referirnos, a continuación, a la ya mencionada Sarbanes-Oxley Act f 2002 de los Estados Unidos (SOA).

La SOA, en lo referente al Comité de Auditoría (Sec. 301),⁶⁴ parte de su responsabilidad directa en la designación, remuneración y supervisión de los auditores externos, incluida su intervención en caso de discrepancias entre éstos y los ejecutivos. A su vez, los auditores deberán reportar al Comité de Auditoría.

Todos los miembros del Comité de auditoría lo serán del Consejo de Administración (excluyéndose expresamente la pertenencia al mismo de terceros no consejeros) y serán independientes. El Comité podrá servirse de asesores externos, para lo que deberá contar con la debida financiación. Asimismo, establecerá vías de comunicación, incluida una vía confidencial y anónima para empleados ("*whistleblower*"), por las que se canalicen quejas o denuncias de prácticas contables incorrectas.

En lo que se refiere a la independencia del auditor⁶⁵, la SOA plantea una serie de formulaciones (Secs. 201-209) de gran interés como son:

⁶⁴ Vid WALACE, P. E., "Accounting, Auditing and Audit Committees After Enron, et al.: Governing Outside the Box Without Stepping Off the Edge in the Modern Economy", January 24, 2004, <http://washburnlaw.edu/wli/43.1/articles/walaceperry.pdf>, pp.105 ss.

⁶⁵ P.W.C./ DECHERT LLP, *Auditor Independence After Sarbanes- Oxley: A Guide to Auditors Services for Fund Audit Committees*, 2003, p.2.: "Auditing standards accordingly stress the necessity of an independence in mental attitude". The independence of the auditor also involves subjective qualities that are not less important than compliance with applicable regulations. This include professional integrity, strict objectivity, the ability to professional judgements without fear or favour, and a disposition to "call it like it is"

- Prohibición de prestar servicios distintos al de auditoría y exigencia de autorización previa, en su caso, del Comité de Auditoría.
- Exigencia de que los auditores informen al Comité de Auditoría de determinadas materias.
- Rotación de “partners” cada 5 años.
- Eliminación de conflictos de intereses del auditor.

El principio general, contenido en la Sec. 201, es que *será ilegal... suministrar al emisor (compañía auditada) contemporáneamente con la auditoría, cualquier otro servicio diferente al de auditoría*, tales como servicios contables, sistemas de información financiera, valoraciones, “*fairness opinions*”, servicios actuariales, “*outsourcing*” de los servicios de control interno, asesor de inversiones o servicios legales. En lo que se refiere a asesoramiento fiscal, sólo podrá prestar este servicio cuando expresamente lo autorice el Comité de Auditoría de la sociedad auditada.

En general, todos los servicios de auditoría y no auditoría prestados por una firma auditora a una compañía deben ser aprobados previamente por el Comité de Auditoría, salvo que los servicios que no son de auditoría no rebasen el 5% de los pagos a ese auditor y se sometan al Comité de Auditoría para su autorización antes de que termine la auditoría (Sec. 202).

La aprobación de estos servicios “anexos” por parte del Comité de Auditoría deberá hacerse pública.

Además de las medidas relativas a los servicios distintos a la auditoría, la SOA exige una rotación del socio responsable de la auditoría cada cinco años. El Controller General of U.S dirigirá un estudio para, en un año, someter al Senado y al Congreso sus resultados respecto a la conveniencia de rotar el auditor y si así fuese, cada cuánto tiempo (Sec. 207).

El auditor deberá informar puntualmente al Comité de Auditoría sobre todas las normas y prácticas contables que van a utilizarse, uso alternativo de normas contables debidamente debatidas con el *management* y correspondencia significativa entre los directivos y el auditor.

Al referirse al conflicto de interés en la Sección 206, declara ilegal la prestación de servicios de auditoría a una firma cuyo “*executive officer*”, *controller*, *CFO*, *Chief Accouting Officer* o asimilados, hayan pertenecido en el último año a la firma de auditores.

El CÓDIGO UNIFICADO de Buen Gobierno, en su Recomendación 49.2º, se refiere a las relaciones del Comité de Auditoría con los auditores externos basadas en los siguientes elementos de referencia: 1) la propuesta al Consejo de su selección, nombramiento, reelección y cese, así como las condiciones de su contratación (función de iniciativa), sin que quede claro el grado de vinculación de las propuestas del Comité para el Consejo de Administración; 2) el Comité de Auditoría es el instrumento de contacto operativo entre la sociedad y el auditor externo de forma que es a través de él que el auditor informa de los planes de auditoría (función de información *ex ante*) y de los resultados de su ejecución (función de información *ex post*); 3) a su vez, el Comité debe comprobar con los auditores que la dirección de la sociedad ha tenido en cuenta sus recomendaciones (función de verificación); y, 4) el Comité debe asegurar la independencia del auditor (función de control de independencia) para lo que se recomienda la comunicación a la CNMV del cambio de auditor con información sobre desacuerdos si los hubiese, la vigilancia de que se respetan las normas de independencia del auditor (concentración, prestación de servicios “non audit”, etc.) y el examen de las circunstancias de la renuncia del auditor externo, caso de que se produjese.

VI. PROPUESTA DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL COMITÉ DE AUDITORÍA

Hemos analizado las funciones mínimas, aunque obligatorias, que la Ley 44/2002, en su artículo 47 confiere al Comité de Auditoría –con las complicaciones que conlleva a la hora de encuadrar este instituto jurídico dentro de la legislación actual– amén de las consecuencias un tanto

perturbadoras que provoca este paquete de facultades *ex lege* a la hora de ejercitar las acciones de responsabilidad contra los administradores. A pesar de ello, esta regulación legal ha abierto la puerta a una posible revisión de la estructura orgánica del Consejo de Administración en la que no pretendemos profundizar en este trabajo. De ahí que nuestra propuesta de modificar el régimen y contenido de las funciones del Comité de Auditoría, en un planteamiento de *lege ferenda*, pasa de la situación actual de funciones legales mínimas y una indefinición orgánica respecto al Consejo, a una situación de fijación por ley de un amplio espectro de funciones propias y exclusivas del Comité que, en general, quedan hurtadas al Consejo de Administración, respecto a las cuales sólo tiene una función de supervisión global y un derecho de información de su ejercicio por el Comité. Estas funciones como ya hemos visto, están vinculadas con las actividades de auditoría externa, auditoría y control interno, cumplimiento normativo, información financiera y seguimiento y control de riesgos.⁶⁶

Sólo mediante una relación clara de las funciones que corresponden al Comité de Auditoría y de las obligaciones que de ellas se derivan, incluyendo las que dimanen de las relaciones a mantener con el Consejo de Administración, estaremos en posición de poder perfilar la auténtica naturaleza orgánica del Comité de Auditoría.⁶⁷

Al margen de estas funciones propias, el Consejo de Administración, de acuerdo con el principio de autorregulación del artículo 141 TRLSA, podría delegar en el Comité funciones que, no estando recogidas en la ley como propias, considere que es oportuno delegar para el mejor desarrollo de su

⁶⁶ Para una visión de las diversa propuestas de funciones del Comité de Auditoría, Vid. BLUE RIBBON COMMITTEE, Appendix C, Audit Comité Charter; SMITH REPORT; HIGGS REPORT, ap. 13.7 donde se recoge la propuesta del SMITH REPORT; PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Audit Commitees, good practices...*, op. cit., pp. 13 ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales...", op. cit.; TORRENT, A., y otros, "Comités de Auditoría", op. cit., pp.1672 ss.

⁶⁷ ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de Responsabilidad Social de los Administradores de una Sociedad Anónima", en RDM, nº 639, 1991, p.670, "El concepto de órgano en el marco de la teoría general sobre las personas jurídicas, nos lleva a la idea de "haz o conjunto de competencias", siendo a su vez miembro o miembros del órgano "las personas habilitadas para ejercerlo". Tiene, por tanto, como contenido "determinadas competencias" y son éstas las que permiten diferenciar un órgano respecto del otro".

función. En este caso, y sólo por lo que respecta a las funciones que el Consejo haya delegado, estaríamos ante un régimen diferente –el de la delegación– en el que omitimos entrar en este trabajo.⁶⁸

Según sea la naturaleza y contenido de las funciones y competencias del Comité de Auditoría, podemos clasificarlas como *preparatorias o de propuesta* para una decisión de otro órgano (Junta o Consejo), o *decisorias* que permiten al Comité la resolución autónoma de ciertos planteamientos o situaciones sin recurrir a otro órgano. En el primer grupo podría incluirse el régimen actual de nombramiento de auditores externos que, de acuerdo con el artículo 204 TRLSA, el Comité de Auditoría debe comunicar al Consejo de Administración para que la Junta General proceda a su nombramiento. Si por el contrario –como estipula la Ley Sarbanes Oxley en USA–, esa función se desplazase al Comité de Auditoría, el papel de éste se convertiría en decisorio e inapelable como ejercicio de una facultad soberana conferida por la ley. Puede haber situaciones en las que el Comité se limite a ejercer una función meramente *consultiva* ante planteamientos de otros órganos o instancias societarias sin que necesariamente su opinión tenga que ser vinculante, al menos en una primera instancia, ya que, en ciertos casos, la actuación del consultante podrá ser objeto de valoración por parte del Comité dentro de su ámbito de jurisdicción. Como línea general, las respuestas del Comité deberían tener carácter vinculante cuando dicha consulta fuera preceptiva, debiéndose considerar como no vinculantes las que respondan a una iniciativa voluntaria de los otros órganos (aunque puedan ser objeto de denuncia en la fase de supervisión por el Comité).

Determinadas funciones y facultades del Comité de Auditoría pueden considerarse como *organizativas* en la medida en que afectan a la estructuración y ordenamiento interno del propio órgano. Este sería el caso

⁶⁸ Cabría preguntarse si la redacción actual del artículo 141 TRLSA (“designar de su seno una Comisión ejecutiva...”) es compatible con la existencia de un Comité de Auditoría con categoría de órgano que pueda, a su vez, recibir ciertas delegaciones del Consejo. La Ley 44/2002, art. 47, admite implícitamente esta posibilidad al establecer que “Entre sus competencias estarán, *como mínimo*, las siguientes...”, lo que significa que si no se trata de funciones atribuidas *ex lege*, tienen que tener su origen en la delegación que de ellas haya hecho el Consejo.

de la aprobación de su propio reglamento interno que regula los múltiples aspectos de su funcionamiento (convocatoria, orden del día, quórum, actas, etc.).

Especial consideración merecen las funciones *informativas* del Comité que pueden plantearse en un sentido activo, en cuanto a información a recabar de la estructura ejecutiva de la sociedad, de otros órganos o de los auditores externos –de forma regular o “sobre pedido”-, o en su versión pasiva, como obligación informativa a la que está sometido el Comité de Auditoría respecto a la Junta, el Consejo, los accionistas y terceros, en asuntos de su responsabilidad y de su funcionamiento interno.

Las funciones de naturaleza *supervisora* son la esencia del contenido de este órgano, por contraste con las de naturaleza ejecutiva o de administración propias del Consejo y de los delegados. Sin embargo, es preciso matizar a este respecto que, en el modelo propuesto, el Consejo de Administración no se ve desprovisto de todas sus funciones de supervisión de los aspectos generales de la evolución de la compañía – incluyendo la del correcto funcionamiento del Comité de Auditoría– si bien, en lo que concierne a su ámbito competencial, lo hace “en segunda instancia” y en función de la información que recibe de éste y sólo en base a ella. En este caso estaríamos más bien ante un derecho del Consejo de ser informado por el Comité, de donde se derivaría la supervisión de su correcto funcionamiento, sin inmiscuirse en el libre ejercicio de sus funciones en su actuación autónoma. Se trata de una “supervisión inducida” que implique la adopción de decisiones que, por su naturaleza, hacen del Consejo el órgano adecuado para ello.

El Comité de Auditoría podrá, en ocasiones, ejercer unas funciones de tipo *arbitral o conciliatorio*, tanto en lo referente a diferencias o discrepancias entre auditor externo y ejecutivos, como las derivadas de planteamientos hechos por otros órganos en relación con su ámbito de competencias.

Por último, en la medida en que determinadas unidades internas de supervisión, y en concreto la auditoría interna, dependan funcional y jerárquicamente del Comité de Auditoría, deberá desarrollar una serie de actividades *gerenciales* más propias de la administración que de la supervisión. El manejo de esta unidad exigirá nombramientos, cambios, fijación de planes de trabajo, aplicación de la política retributiva, etc. que, necesariamente, deberá adaptarse a las líneas generales de política empresarial establecida por el Consejo de Administración, y deberá considerarse como una función residual –aunque necesaria– dentro de su labor básicamente supervisora. En este ámbito, su actuación deberá perder su autonomía para someterse a la política marcada por el Consejo.

Al tratar del régimen actual del Comité de Auditoría en nuestro ordenamiento legal, hemos analizado las funciones que con carácter de mínimas está llamado a desempeñar el Comité de Auditoría, vertebradas alrededor de tres ejes principales: la supervisión de la información financiera y de gestión, de un lado, y el seguimiento de las actuaciones de los auditores externos y su independencia, así como la valoración de los sistemas de control interno, de otro.

A continuación vamos a perfilar la propuesta de funciones y competencias del Comité de Auditoría que conllevaría su consideración de órgano separado en la Sociedad Anónima Cotizada.⁶⁹

A) Funciones y competencias relacionadas con su estructura y funcionamiento.

a) Reglamento interno

La primera actividad que debe desarrollar el Comité de Auditoría una vez constituido es establecer por escrito las normas de su funcionamiento

⁶⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría”, op. cit., p.28, se inclina por un diseño funcional que se adapte a las circunstancias de cada empresa. Entendemos que, con la debida flexibilidad, el estatuto funcional debe estar definido, al menos en lo que a mínimos se refiere

mediante la redacción y aprobación de su reglamento interno.⁷⁰ Tras su discusión y aprobación en el seno del Comité, se deberá comunicar al Consejo y poner a disposición de los socios a través de los circuitos informativos de la sociedad, incluida la página web.⁷¹

El Comité debería someter a revisión el reglamento al menos una vez al año o cuando se detecten circunstancias que produzcan disfunciones en su funcionamiento, siguiendo el mismo procedimiento y sistemas de comunicación corporativos y según el sistema de las modificaciones estatutarias previsto por la ley.

⁷⁰ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., pp.119 y 120, propugna que el Comité tenga su propio reglamento, frente al Informe ALDAMA (Apdo. 5.2) que recomienda sea parte del Reglamento del Consejo; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, en AAVV., ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, op.cit. p.556, plantea, en relación con el Consejo, la posible consideración de negligencia de éste, a efectos de responsabilidad, de la inexistencia de un reglamento, con independencia de la autorregulación del Consejo establecida en el artículo 141 TRLSA; LORINC, C. J., “After Enron”, <http://www.camagazine.com>, plantea la necesidad de que el “Board” establezca su propio “Charter” con procedimientos formales de supervisión de la actividad del Comité de Auditoría, similares a las ya adoptadas por Dow Chemical y Rytheon; BEAN, J.W., “The Audit Committees’ Roadmap”, op. cit., compara el Reglamento del Comité con el “job description” de los empleados y “details what the shareholders reasonably can expect the committee to do”, debiendo ser evolutivo e incorporando decisiones de reguladores que puedan afectar a su función, “ thus, the best audit committee charters are living, changing documents”

⁷¹ EL BLUE RIBBON COMMITTEE, rec. 4, recoge la recomendación de que el Comité cuente con un “*formal written charter*” aprobado por el Consejo de Administración y revisable una vez al año. Esta propuesta, coherente con la concepción unitaria del Consejo, considera al Comité de Auditoría como parte integrante del Consejo (p.8) y por ende, adjudica al Consejo la labor de elaborar y aprobar el reglamento interno frente a nuestra propuesta derivada directamente de su condición de órgano; THE AUDIT COMMITTEE HANDBOOK (*Annex I*), propone un modelo de “*Terms of Reference*” para el Comité de Auditoría que se estructura con carácter de mínimos y sintéticamente en el siguiente esquema:

- 1) Composición del Comité: miembros, presidente y secretaria
- 2) Reuniones: frecuencia, quórum de asistencia, asistentes invitados, reuniones extraordinarias
- 3) Acceso al presidente por parte de la Auditoría Interna
- 4) “Reporting” del Comité de Auditoría al Consejo
- 5) Funciones y responsabilidades del Comité: función de asesoramiento respecto al control de riesgos; políticas contables y revisión previa de informes financieros y “management letter” de los auditores externos; seguimiento por parte del “management” de las recomendaciones de los auditores; aplicación de las normas de gobierno corporativo en la organización
- 6) Requerimientos informativos, distinguiendo entre la información documental para cada reunión del Comité y aquella otra que se deberá elaborar cuando las circunstancias lo requieran

En el reglamento se regularán temas como:

- establecimiento de los objetivos generales del Comité y la forma de llevarlos a cabo
- fijación del calendario de reuniones previstas para cada ejercicio, normalmente cuatro al año que coincidirán, con unas fechas de adelanto, con las presentaciones trimestrales de resultados y la preparación de las cuentas a someter por el Consejo a la aprobación de la Junta General
- reuniones extraordinarias y circunstancias que requieran convocatorias “ad hoc”, incluida una reunión anual de autoevaluación.⁷²
- elaboración del orden del día por el Presidente del Comité
- derecho y deber de convocatoria de las reuniones ordinarias y extraordinarias, en especial cuando lo solicite un determinado número de componentes del Comité, así como cuando lo haga el auditor externo.⁷³ La convocatoria se hará, en todo caso por el Presidente del Comité
- preaviso de las reuniones, envío del orden del día y documentación a tratar, así como forma de desarrollar las reuniones (presencia física, videoconferencia, etc.)
- quórum para la constitución válida del Comité, sistema de debate, formas de votación, mayorías requeridas y existencia o no de voto dirimente del Presidente en caso de empate de votos
- secretaría del Comité que podrá coincidir o no con la del Consejo de Administración.⁷⁴ En caso de coincidencia, puede aportar una mayor fluidez en la comunicación de ambos órganos aunque puede

⁷² COMBINED CODE, 3.5, recomienda al menos tres, coincidiendo con los “interim statements”.

⁷³ Vid. PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Audit. Committees...*, op. cit., 3.11, p.14, donde se añade la posibilidad de solicitar la convocatoria del Comité por parte de la auditoría interna que no está concebido como servicio dependiente jerárquicamente del Comité.

⁷⁴ Vid. FERNÁNDEZ E LA GÁNDARA, L., “El Secretario del Consejo de Administración”, en AAVV., ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno...*, op. cit., p.275, donde indica que “como persona de confianza del Presidente, el Secretario asume funciones que con el tiempo son cada vez más complejas”; ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., “El gobierno de las sociedades: el Informe Olivencia. Secretarios y letrados asesores de los órganos de administración”, en *RDBB*, nº 69, 1998, pp.258-261

introducir alguna duda sobre su independencia. Por ello, cuando el Secretario del Consejo de Administración sea miembro del mismo, somos partidarios de que no acumule ambas secretarías y de que el Comité cuente con un secretario distinto del del Consejo, aunque éste asistiese al Comité sin derecho de voto

- el Secretario del Comité deberá remitir, junto con la convocatoria, el orden del día de la reunión y la información suficiente para permitir estudiar con antelación los temas a tratar en la reunión.⁷⁵ El orden del día se deberá remitir a los miembros del Consejo de Administración, lo que, además de mantenerles informados sobre las actividades del Comité, les permitirá un contraste con los informes que posteriormente reciban en el pleno del Consejo.⁷⁶
- el reglamento deberá prever la existencia de un libro de actas donde se recoja lo tratado en cada reunión y los acuerdos adoptados. Esas actas deberán remitirse al Presidente del Consejo de Administración, al margen de las informaciones verbales que el Presidente del Comité pueda hacer llegar al Presidente del Consejo. En ocasiones, en virtud de la importancia y urgencia del tema, pueden acompañarse de la petición de convocatoria del Consejo
- en el reglamento deberá recogerse la dedicación de los miembros del Comité, en particular del Presidente, además de los apoyos internos y externos con que puede contar (secretariado, medios ofimáticos, espacios físicos, etc.), así como del procedimiento para recurrir al asesoramiento de terceros ajenos a la sociedad, tanto dentro del balance presupuestado, como en los casos de rebasamiento de ese importe
- igualmente, deberá preverse la posibilidad de que, a instancias del Presidente, determinadas personas ajenas al Comité, puedan y deban asistir a sus reuniones, obligación que afectará frecuentemente al socio-director del equipo de auditores externos, al director financiero, al jefe de asesoría jurídica o a otros miembros del ejecutivo, sin

⁷⁵ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Audit Committees...*, op. cit., 3.12 y 3.13

⁷⁶ Para determinados casos en que la urgencia o excepcionalidad del tema lo aconseje, los plazos de convocatoria se pueden reducir y omitir el envío de documentación previa.

excluir al Consejero Delegado y al propio Presidente del Consejo, caso de ser ejecutivo. La presencia del auditor externo será obligatoria al menos una vez al año⁷⁷ y, en todo caso, cuando deba emitir un informe.⁷⁸ La presencia del primer ejecutivo o de terceros llamados a emitir opinión (*fairness opinion*) con motivo de operaciones singulares, a las que nos hemos referido, será preceptiva, como preceptiva es la opinión del Comité, antes de su presentación al Consejo de Administración, ya que ésta deberá ir acompañada de la propia opinión del Comité.

Desde un punto de vista formal hay que plantearse la conveniencia o necesidad de que el reglamento del Comité de Auditoría se recoja en los estatutos sociales⁷⁹ y en el informe de gobierno corporativo. La actual redacción del artículo 9.h TRLSA, como no podía ser de otra forma al no considerarse el Comité de Auditoría como órgano separado del Consejo, sólo se refiere a “la estructura del órgano al que se confía la administración”, texto que se repite literalmente en el artículo 124.1 RRM; el artículo 115 LMV se refiere al reglamento del Consejo de Administración que, con informe a la Junta General, “dictará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo...” que deberá ser comunicado a la CNMV y posteriormente inscrito en el Registro Mercantil. Sin embargo, el artículo 116.4. b) LMV exige que el informe anual de gobierno corporativo incluya “la estructura de la administración de la sociedad, con información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del consejo de administración y de *sus comisiones...*”, siempre consideradas como una parte del Consejo. No obstante, si, como proponemos, el Comité de Auditoría se considerase como un órgano separado del Consejo, le será de aplicación el artículo 9.i TRLSA donde se establece que los estatutos sociales deben recoger “el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad”, entre los que, en nuestro modelo, debería incluirse el Comité

⁷⁷ COMBINED CODE, 3.8

⁷⁸ *Ibíd.* 3.6

⁷⁹ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, *op. cit.*, p.1101, considera oportuno que los aspectos básicos del diseño del Comité de Auditoría figuren en los estatutos de la sociedad.

de Auditoría. Esto implicaría que, al menos una parte sustancial del reglamento, debería estar recogida en los estatutos y su modificación sometida a los requerimientos legales previstos para las modificaciones estatutarias (arts. 144 y ss. TRLSA), con la única duda de si debería ser todo el reglamento o tan sólo la parte más sustantiva del mismo lo que debe recogerse en estatutos. En el primer caso, las modificaciones que el propio Comité de Auditoría considere necesario introducir, por mínimas que fueran, se verían enfrentadas a un procedimiento legal complejo propio de las modificaciones estatutarias. A pesar de ello, nos inclinamos por incorporar a los estatutos la totalidad del reglamento del Comité, evitando así la dificultad que conlleva el trazado de la línea divisoria entre asuntos sustanciales y meramente procedimentales que deban tener encaje en el actual artículo 9.i TRLSA.⁸⁰

b) Servicios dependientes del Comité de Auditoría

Más dudas plantea si determinados servicios internos, generalmente integrados en “áreas de presidencia” o de “servicios generales”, deben incorporarse a la dependencia jerárquica y funcional del Comité de Auditoría.⁸¹ Nos referimos, en concreto, al servicio de auditoría interna y, en su caso, de seguimiento del cumplimiento normativo.⁸²

⁸⁰ El art. 22.6º de la PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES, al referirse a los estatutos sociales, hace referencia a “el modo o modos de organizar la administración de la sociedad” si bien, al tratar del sistema dual, establece que los estatutos de la sociedad, cuando no determinen el número concreto de miembros del consejo de dirección, establecerán el número máximo y mínimo y las reglas para su determinación (art. 660.1 *in fine*). En el artículo 662.1 prevé la aplicación de las normas del Consejo de Administración al Consejo de Vigilancia, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2157/2001 y el resto del contenido de ese Libro del Código

⁸¹ En el análisis empírico del INSTITUTO DE EMPRESA/EVERIS (2007) “La información del Consejo de Administración”, p.72, se plantea a las 60 empresas encuestadas (pregunta 43) “De quién depende orgánicamente el Departamento de Auditoría Interna”; el 30% de las respuestas lo sitúan dependiendo del Comité de Auditoría, el 22% del Consejo de Administración, el 16% del Departamento Financiero y el 16% del Consejero Delegado

⁸² El Reglamento de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento de IBERDROLA (art. 21.3) resuelve este problema mediante una solución “matricial” (dependencias funcional y jerárquica separadas) que, según nuestra experiencia personal, plantea serios inconvenientes para su correcto funcionamiento y aplicación. En el mencionado artículo se establece que “la Comisión orientará y supervisará las actividades de Auditoría Interna a través de la aprobación de su plan anual y el seguimiento de sus Recomendaciones, manteniendo esta Dirección de Área una “dependencia funcional” (s.n.) del Presidente de la Comisión”; más explícito se manifiesta el AUDIT COMMITTEE HANDBOOK, (2.1) cuando

Las razones que apoyan esta estructuración se basan en el principio básico de independencia, consistente en la separación de controlador y controlado, en un intento de lograr un equilibrio entre los poderes de la sociedad más acorde con ese principio de independencia y de no concentración excesiva de poderes por parte de los ejecutivos.⁸³

La Auditoría Interna debe supervisar, entre otras cosas, el correcto funcionamiento del control interno, y la adecuación del funcionamiento de la sociedad a las normas internas o externas a que debe someterse. Es decir, es una forma de controlar internamente que los ejecutivos desarrollan sus funciones dentro del ámbito procedimental establecido.⁸⁴ Para que este control sea efectivo y goce del necesario grado de independencia requerido, su estructura debe estar separada de la línea ejecutiva (Comisión Ejecutiva / Consejero Delegado), pues son ellos y sus equipos quienes van a ser sometidos a escrutinio y la Auditoría Interna debe actuar con criterios y grados de libertad similares a los de los auditores externos, incompatibles con su dependencia de los auditados.⁸⁵

establece que el Comité “ *has no authority on its own right, over the operations of the organisation or those bodies which conduct audit and assurance work (including Internal Audit)*”; BEAN, J. W., “The Audit Committee’s Roadmap”, op. cit., Exhibit 4, considera que “*the audit committee will review and have veto power over appointment, replacement, reassignment or dismissal of the director of internal audit*”; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría”, op. cit., p.29

⁸³ Hemos mantenido diversas entrevistas personales con responsables del Comité de Auditoría de varias sociedades del IBEX 35 y algún ex socio de firmas internacionales de auditoría, en su día responsables de dirigir la auditoría externa de algunas de estas sociedades. Su opinión respecto a nuestra propuesta de integrar la Auditoría Interna y el Cumplimiento Normativo en el ámbito de dependencia del Comité de Auditoría, ha sido muy variada y no ofrece una base estadística suficientemente significativa para apoyar esta propuesta; Aunque en el Informe SMITH se propugne que “*The audit committee should monitor and review the internal audit activities*” (5.10), recomienda, a su vez, que “*the audit committee should approve the appointment or termination of appointment of the head of internal audit*”, lo que, sin equivaler a la dependencia jerárquica, van mucho más allá de la mera supervisión.

⁸⁴ BEAN, W. J., “The Audit Committee’s Roadmap”, op. cit., “*The Audit Committee will review... the adequacy of the company’s internal control, including computerised information system controls and security*”

⁸⁵ Esta modificación de la estructura jerárquica que proponemos no se ha conseguido en la realidad empresarial española. Las fórmulas que se manejan son excesivamente teóricas o ambiguas como para que funcionen en caso de conflicto o diversidad de criterio. Así, en el caso del BBVA, previamente analizado (Vid. *supra*), establece (art. 8) que “*la Comisión conocerá y emitirá opinión sobre el nombramiento o sustitución del Director de Auditoría Interna*”, fórmula de escaso alcance y eficacia pues reduce su papel

Si procedemos por exclusión y admitimos nuestra realidad empresarial eminentemente presidencialista (Presidente primer ejecutivo), no parece que su posición de permanente potencial conflicto de interés sea la óptima para que sus controladores pasen a integrarse en su línea de dependencia. Ello nos conduce casi necesariamente a la solución organizativa que se propone. Sin embargo, también hay argumentos en contra de su integración en el ámbito del Comité de Auditoría, en cuanto que supone “enturbiar” su carácter puramente supervisor⁸⁶ con funciones propias de un órgano de administración. Este toque de “mestizaje” en el Comité conduce a la subordinación del mismo a la hora de aplicar medidas administrativas concretas (salarios, bonus, dotación de plantillas y medios, status del personal, etc.) que deberán respetar las pautas y límites establecidos por el Consejo de Administración, en ocasiones, ratificados por la Junta.⁸⁷

Detrás de algunos de estos argumentos se encuentra la configuración actual del sistema monista y parten de la base de que el Consejo de Administración acumula esa doble función de administrar y supervisar con independencia de las delegaciones que haya podido realizar en estructuras internas del mismo, por una parte, y en la consideración de las comisiones auxiliares del Consejo no como órganos ni como comisiones delegadas, sino como elementos de ayuda y preparación para el Consejo en determinadas áreas de su competencia. En cambio, en el sistema orgánico que

a una función pasiva (“conocerá”) y de opinión no vinculante (“emitirá opinión”). En el caso de IBERDROLA la fórmula es algo más “alambicada” pero no por ello más eficaz. Establece que (art. 21.1) “El Vicepresidente y Consejero Delegado y el Presidente de la Comisión propondrán conjuntamente al Consejo de Administración para su aprobación el nombramiento del Director de Área de Auditoría Interna”, solución razonable si hay consenso entre ambos, pero de difícil solución en caso de discrepancia.

⁸⁶ El COMBINED CODE, 1.10 (Introduction), establece con nitidez esta naturaleza supervisora cuando afirma que “*It is not the duty of audit committees to carry out functions that properly belong to others, such as the company’s management in the preparation or the auditors in the planning or conducting of audits. To do so could undermine the responsibility of management and auditors... but they [los Comités de Auditoría] should not seek to do the monitoring themselves*”; en similares términos se manifiesta el Informe SMITH, 5.2, “*It is the management’s, not the audit committees, responsibility to prepare complete and accurate financial statements and disclosures...*”

⁸⁷ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1115, se inclina por no imputar al Comité la dirección de auditoría interna, aunque estatutariamente se le asigne una mayor responsabilidad sobre esta actividad, al entender que adjudicarle esa función “*desnaturalizaría su carácter de órgano no ejecutivo de apoyo al Consejo*”.

propugnamos, la independencia requerida del Comité de Auditoría como órgano separado, conlleva, a su vez, la independencia de su función, lo que exige que la Auditoría Interna y el Cumplimiento Normativo se integren en su ámbito de actividad en una situación que puede asemejarse, *mutatis mutandis*, a la del resto de las comisiones en relación con el Consejo. Ello implica, necesariamente, la “gestión” de esos medios para su correcto funcionamiento.

Si hemos de elegir entre la configuración estrictamente supervisora del Comité de Auditoría, con la dependencia de los controladores internos (Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo) del órgano de administración, o introducir esa mínima actividad de administración en pro de una separación que garantice la independencia del auditor interno, nos inclinamos por esta última, basados, sobre todo, en la alta ponderación que concedemos a la independencia del auditor.⁸⁸

Por último, no hay que olvidar que una de las funciones propias del Comité consiste en la debida armonización entre la Auditoría Interna y los auditores externos, en busca de sinergias y complementariedades que, sin detrimento de sus labores propias, contribuyan a una mejor supervisión.⁸⁹

⁸⁸ MATEU DE ROS, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp.35 y 36, insiste en la necesidad de autonomía de la comisión de auditoría y la de nombramientos y retribuciones “*para constituer y ejercer un contrapeso real al consejo de administración y a la alta dirección de la sociedad*”. Para ello el instrumento de control – la auditoría interna – debe gozar de la misma autonomía respecto al controlado, lo que lleva al autor a considerar como índice relevante de gobierno corporativo “*el grado de independencia de la función de auditoría interna – que no debe depender del consejero delegado, del director financiero ni de ningún otro ejecutivo – ...*”

⁸⁹ La doctrina y los códigos de buen gobierno al tratar el Comité de Auditoría se centran en su papel supervisor de los servicios de auditoría interna y cumplimiento normativo y en la necesidad de que cuenten con los medios cuantitativos y cualitativos adecuados; vid. LÓPEZ COMBARROS, J.L. “El gobierno de la empresa...”, op. cit., P.178; SWISS CODE (rec. 24); Informe OLIVENCIA, apdo. 11.1; A.L.I.- Principios de gobierno corporativo, (sec. 3A.03); Informe CADBURY (4.35) y apéndice 4 Apdos. 4 y 6; TORRENT, A. y otros, “Comités de auditoría”, op. cit., p.1673; GARCÍA BENAÚ, M.A. y otros, “Los comités de auditoría ¿útiles y necesarios?”, en *ASEPUC IV Jornada de Trabajo sobre Auditoría Contable*, Madrid, 2001, p.108; Ley 44 / 2002 de 22 de Noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, art. 47.3; el COMBINED CODE (Audit Committees-Combined Code Guidance), apdo. 19 (*in fine*), es más explícito en su planteamiento cuando afirma que “*we believe that an audit committee separate from the board would be less effective than the conventional audit committee established as a sub-committee of the board*”; el BLUE RIBBON COMMITTEE, (Report and Recommendations..., Rec. 7, y Guiding

B) Funciones relacionadas con la información.

Las sociedades anónimas cotizadas están sometidas a la obligación de suministrar un flujo creciente de información hacia los socios, el mercado y los reguladores, además del que circula en el ámbito interorgánico interno de la sociedad. Entendemos que la transparencia informativa del acontecer social es la base fundamental sobre la que se apoya el buen gobierno de las sociedades. En esta creciente transparencia se genera un entramado complejo de derechos y obligaciones cruzadas en el que la intervención del Comité de Auditoría está llamada a desempeñar un papel cada vez más decisivo, en particular, en lo referente a la calidad y fiabilidad de esa información.⁹⁰

a) *Información relacionada con la Junta General*

La Junta General de accionistas es el órgano por excelencia de la formación de la voluntad social y del ejercicio por parte de los socios del control de la gestión de los administradores que están obligados a rendirle cuentas de su actuación. Es, pues, un órgano deliberante y decisorio y en ambas funciones precisa de información.

La Junta funciona en base a una convocatoria, un orden del día, una reunión y una determinada forma de decisión en la adopción de sus acuerdos. Es un órgano necesario pero no permanente y, al menos, ha de reunirse una vez al año.⁹¹

Principle 2) plantea de forma muy significativa el tema de su independencia cuando, al referirse a las reuniones del Comité de Auditoría con el auditor interno (sin el *management*), declara: “*if such meeting or correspondence are regularly scheduled between the audit committee and the internal auditor should lose its “taboo” nature and no longer imply treason against management*”; MONTOYA OLIVER, C y FERNÁNDEZ-SANGUINO, J., “Auditorías y control interno...”, op. cit.

⁹⁰ Vid. ROWLAND, G. S., “Earnings Management, The SEC, and Corporate Governance: Director Liability Arising from the Audit Committee Report”, en *Columbia Law Review*, 2002, pp.168-207, sobre el creciente papel del Comité de Auditoría como “*monitor*” o “*watchdog*” de la información financiera de la compañía

⁹¹ Vid. URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso...*, op. cit., p.869; respecto a las competencias de la Junta General, vid. MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos

*Convocatoria

Dejando aparte la convocatoria judicial, recogida en el artículo 101 TRLSA, y la realizada por el Comisario del Sindicato de Obligacionistas ante el retraso de más de seis meses en el pago de los intereses vencidos de las obligaciones emitidas o del principal que deba amortizarse (art. 304.2 TRLSA), así como la Junta universal, regulada en el artículo 99 TRLSA, la convocatoria de la Junta ordinaria o extraordinaria corresponde a los administradores. El artículo 95 TRLSA no menciona, sin embargo, más que la obligación de estar “previamente convocada al efecto”, si bien se entiende que, con las excepciones señaladas, deben ser los administradores los encargados de convocarla⁹² para someter a censura la gestión de los administradores por los socios, para que se aprueben las cuentas del ejercicio y se decida la aplicación de los resultados obtenidos.

En el caso de Junta extraordinaria, esta facultad de los administradores se recoge en el artículo 100.1 TRLSA, y se convierte en obligación cuando lo soliciten los socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social. En este caso, los administradores incluirán en el orden del día los asuntos que hubieran sido objeto de solicitud.

Hay, además, una serie de operaciones societarias, más o menos extraordinarias, que requieren ser tratadas y aprobadas en Junta General, en las que los administradores están obligados a convocarla. Tal es el caso, entre otros, cuando concurren determinadas causas de disolución (art. 262.2 TRLSA), se decida una modificación de los estatutos sociales (art. 144 TRLSA), se plantee una transformación social (art. 224 TRLSA), se proponga una fusión con otra sociedad (art. 240 TRLSA) o una escisión (art. 254

sociales de las sociedades anónimas cotizadas”, en AAVV. EMBID IRUJO, J. M. (coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.107 ss.

⁹² Vid. TAPIA HERMIDA, A. J., “La Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Cotizada”, en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero* Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002 p.2927 ; las RDGRN del 20 de marzo de 1981 y de 7 de diciembre de 1993 aceptan la convocatoria de la Junta ordinaria por un miembro delegado por el Consejo de Administración cuando así lo autoricen los estatutos; en contra, SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, op. cit. p.108

TRLSA), o se vayan a emitir obligaciones simples o convertibles (art. 192 TRLSA), además de las que contempla la Ley (6/2007) de Reforma de la LMV en determinadas circunstancias de la OPA.

A nuestro entender, el Comité de Auditoría, concebido como órgano, debería estar legitimado para, en determinadas circunstancias, poder convocar la Junta General.

En el caso de Junta ordinaria ese poder debería tener un carácter subsidiario respecto al Consejo (o el administrador en el que se ha delegado esta función), por lo que sólo podría hacerlo si éste no la convoca en plazo legal y antes de la convocatoria judicial prevista por el artículo 101 TRLSA. En este caso, además de las cuestiones preceptivas a someter a la Junta, el Comité establecería su orden del día que vincularía a todos los administradores en cuanto a la información a suministrar antes y durante la sesión de Junta.

Respecto a la Junta extraordinaria, somos de la opinión de que los poderes del Comité de Auditoría se equiparen, a efectos de su convocatoria, a los de la minoría del cinco por ciento del capital social, recogidos en el artículo 100.2 TRLSA, es decir, que puedan solicitar al Consejo de Administración y éste esté obligado a proceder, la convocatoria de Junta extraordinaria y los temas a tratar cuando el Comité estime que el interés social así lo aconseja.

Si la Junta se convocara para decidir sobre operaciones especiales, la posición del Comité de Auditoría en cuanto a la convocatoria tendría el mismo carácter de subsidiariedad que el propuesto para la Junta ordinaria.

Esta legitimación de convocatoria de la Junta por el Comité de Auditoría (subsidiaria para el caso de Junta ordinaria y juntas de operaciones especiales y principal en el caso de Junta extraordinaria) puede introducir algún tipo de fractura en el funcionamiento del Consejo de Administración y exigiría, en cualquier caso por parte del Comité, una comunicación previa al mismo sobre la iniciativa de convocatoria, especialmente de la Junta

extraordinaria, pero, a su vez, permitiría, al menos, salvar la responsabilidad del conjunto de consejeros independientes que componen el Comité de Auditoría y dotarle de la capacidad de apelación al órgano supremo de la sociedad para informar o dilucidar asuntos de su competencia –de la del Comité– que por su naturaleza o importancia considere que deben someterse a la Junta, y sobre todo, en caso de discrepancia con el Consejo de Administración

* Orden del día ⁹³

El orden del día, elaborado por los administradores y susceptible de ampliación a petición de los minoritarios que representen al menos el 5% del capital, contiene una serie de componentes obligatorios en cada caso y sirve de soporte del derecho del accionista a plantear preguntas y solicitar informaciones sobre el mismo antes o durante la Junta.

La elaboración del orden del día de la Junta puede jugar un papel de gran importancia, en la censura de las actividades de los administradores, en la medida que acota y delimita el ámbito de información al que están obligados a someterse. De ahí que los administradores traten de hacer de esa facultad algo exclusivo, en contraste con las tendencias más renovadoras, hoy recogidas en nuestra legislación, que se inclinan por permitir que determinadas iniciativas y en ciertas circunstancias puedan ser tenidos en cuenta planteamientos de modificación del orden del día acordado por los administradores o de inclusión de puntos omitidos que, a juicio de determinada minoría, deben ser objeto de debate y/o decisión en el seno de la Junta General.

⁹³ Vid. URÍA R.; MENÉNDEZ A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., “La Junta general de socios...”, op. cit. sobre exigencias formales del orden del día; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *El derecho de información del accionista: objeto, límites y forma de ejercicio*, Ed. M. Pons, Madrid, 2001, p. 22, considera que debe entenderse como “orden del día” “la indicación de aquellas cuestiones que van a ser sometidas a la deliberación de la junta y sobre las cuales se pueden adoptar acuerdos” planteamiento que se nos antoja excesivamente restrictivo ya que hay asuntos del orden del día meramente informativos que no requieren acuerdo. El propio texto del art. 97.2 TRLSA exige el anuncio de “todos los asuntos que han de tratarse...” al margen de que requieran o no la adopción de un acuerdo.

Con objeto de que el Comité de Auditoría se someta a censura de los socios en la Junta, tal como lo hace el órgano de administración, el orden del día debería introducir con carácter general un apartado referente a la información del Presidente del Comité de Auditoría, independiente de la obligación que la Ley impone de contestar determinados requerimientos que los accionistas puedan plantearle. El contenido de este apartado informativo será distinto según la naturaleza de la junta a que se refiera. Así, en la ordinaria se referirá a asuntos relacionados con la auditoría externa, la auditoría y control internos y el seguimiento y control de los distintos riesgos de la entidad. En las juntas extraordinarias convocadas a instancia suya, el Comité de Auditoría será el ponente natural del temario propuesto en la convocatoria solicitada al Consejo. En el caso de que la convocatoria se haya solicitado por un grupo minoritario de socios que, a su vez, propone los asuntos a tratar, la intervención “unilateral” del Comité de Auditoría estará en función de la naturaleza de estos asuntos y de su incidencia en su ámbito competencial.

Es obvio que, con el fin de evitar disfunciones interorgánicas, el Comité de Auditoría debería informar previamente al Consejo de Administración del contenido de sus informes o presentaciones que vaya a ofrecer en su turno de intervención.

Si como propugnamos, este papel del Comité de Auditoría se regulase en la Ley, tanto los estatutos sociales como los reglamentos deberían recogerlo de forma explícita.

*Información solicitada por los accionistas con anterioridad a la celebración de la Junta General.

En la fase previa que va desde la convocatoria “hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes”. Asimismo, el

artículo 112 TRLSA prevé que cuando se trata de una sociedad anónima cotizada, podrán solicitar informaciones y aclaraciones o formular preguntas por escrito “acerca de la información accesible al público que se hubiera facilitado por la sociedad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general”. La obligación de suministrar la información solicitada corresponde a los administradores y lo deberán hacer por escrito hasta el día de la celebración de la Junta.

Nuestra propuesta, coherente con la naturaleza orgánica del Comité de Auditoría, consiste en conferirle el mismo estatus que al Consejo de Administración dentro del ámbito de competencias reconocidas legalmente. Por ello, el Comité sería responsable de suministrar la información requerida o evacuar las consultas por escrito de todos los asuntos que le incumban y que se ubiquen en ese ámbito.⁹⁴

Esta medida plantea dos problemas prácticos cuya resolución debería estar prevista en los estatutos y en los reglamentos del Consejo de Administración y del Comité de Auditoría. El primero se refiere al potencial conflicto de competencias -incluyendo situaciones que afecten a ambos órganos- y a la determinación del órgano adecuado para responder a esas cuestiones en nombre de la sociedad; el segundo, derivado de éste, se refiere a la necesaria coordinación interorgánica en evitación de lagunas, contradicciones o solapamientos en las informaciones a suministrar a los socios.

Sin excluir la posibilidad de respuestas compartidas entre los dos órganos cuando los planteamientos afecten a competencias ambos, entendemos que en caso de conflicto competencial debe prevalecer la postura del Presidente del Consejo de Administración, en el bien entendido

⁹⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1113, va más lejos y cree que “se está ampliando el objeto de ese deber de información a todas las cuestiones que se plantean en el seno de la Junta u órgano equivalente que tengan que ver con la competencia del Comité, independientemente de a qué se deba su planteamiento: si a paquetes de accionistas, socios, etc., o por tratarse de un asunto sometido a la Junta u órgano equivalente relacionado con la competencia del Comité [...] de manera que el Comité debería presentar motu proprio un informe a la Junta siempre que se abordaran cuestiones relacionadas con su competencia”.

que, si el Presidente del Comité de Auditoría no compartiese esa decisión, podría explicitarlo en su informe a los accionistas durante la celebración de la misma. Además, podría llegar en ciertos casos a implicar una violación del deber de lealtad por falta de la buena fe exigida dando lugar a la anulabilidad del acuerdo y a ser causa de responsabilidad de los administradores.

La solución más práctica que se nos ocurre es la que aconseja que todas las preguntas, aclaraciones o informes que se planteen por los socios antes de la Junta General converjan en un solo destinatario –el Secretario General, por ejemplo– y que el Presidente del Consejo, junto con el del Comité de Auditoría y el Consejero Delegado, decidan quién debe preparar y comunicar la preceptiva respuesta, así como acordar la previa comunicación entre ellos del texto de la misma, en evitación de solapamientos, contradicciones o vacíos que pudieran producirse.

La reciente modificación del plazo de convocatoria de la Junta General que ha pasado de quince a treinta días (Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España) era una medida generalmente solicitada por la doctrina y los códigos e informes de gobierno corporativo⁹⁵ en la medida que los plazos que permitía el régimen anterior de convocatoria quedaban reducidos a un máximo de ocho días, a todas luces insuficiente para suministrar al accionista informaciones que requieran una cierta elaboración o discusión interna por parte de los órganos que deben proporcionarla.

Parece lógico asumir que, en tanto no se modifique el régimen actual del derecho de información del accionista contenido en el artículo 112 TRLSA, el ámbito a que deberá someterse la actuación tanto del Consejo como del Comité de Auditoría es el del orden del día (eventualmente ampliado por iniciativa de la minoría del 5% del capital) y el de la información accesible al público facilitada por la sociedad a la CNMV. Asimismo, cabe

⁹⁵ Por todos, Vid. TAPIA HERMIDA, A. J., “La Junta General...”, op. cit., pp.2957 ss.; el Informe HIGGS (c.2.4) propone que la convocatoria y el envío de documentación a los accionistas se haga con una antelación mínima de 20 días laborables; el PQD (art. 25) plantea un plazo de 21 días

pensar que las cuestiones planteadas por los accionistas con una antelación inferior a siete días a la celebración de la Junta, deberán ser contestadas en la misma, esta vez verbalmente, posiblemente en el turno de ruegos y preguntas si figura en el orden del día de la convocatoria. En caso contrario, podría hacerlo en su presentación general, habitualmente, de marcado carácter informativo.

En este punto, al igual que en el referente a las preguntas planteadas verbalmente en el desarrollo de la sesión de la Junta, se hace precisa una aclaración importante: las cifras, los hechos, los riesgos asumidos, los resultados obtenidos, etc., son el reflejo de una administración que incumbe al Consejo de Administración que es, en última instancia, quien plantea estrategias, toma decisiones y conduce el desarrollo de los negocios. El Comité de Auditoría no está capacitado como órgano para interpretar esos aspectos y mucho menos para emitir respuestas, informes o aclaraciones sobre los mismos. Su campo de competencia se limita, entre otros, a la supervisión de la independencia de los auditores externos, al conocimiento y debate de sus conclusiones, a la evaluación de los sistemas de control interno y de seguimiento de los riesgos o al cumplimiento normativo en su sentido más amplio. La asunción de esos riesgos es una variable básica de la función de gestión y su manejo excede de las funciones del Comité de Auditoría para entrar de lleno en el ámbito de la administración. De ahí que el Presidente del Consejo y de la Junta deba deslindar con claridad los destinatarios de las preguntas de los socios, evitando confundir los procedimientos de supervisión y control (*monitoring*) con la asunción de riesgos empresariales propios del órgano de gestión.

*Información solicitada por los accionistas durante la Junta

En un ámbito más reducido, pues se excluye cualquier referencia ajena a los asuntos que figuran en el orden del día, el artículo 112.2 TRLSA permite a los socios solicitar verbalmente informaciones o aclaraciones y obliga a los administradores a dar satisfacción a esas demandas, sea en la misma Junta –se entiende que de forma verbal-, sea dentro de los siete días subsiguientes a su celebración, en este caso de forma escrita.

Como se ha mencionado, la Ley Financiera (art. 47.2) introdujo por vía de una disposición adicional de la LMV, la regulación de competencias del Comité de Auditoría y en concreto, la obligación de “informar a la Junta General de Accionistas las cuestiones que en ella planteen los accionistas en materias de su competencia”⁹⁶.

Ante los riesgos de potencial conflicto de interés y otras disfunciones que pueden derivarse de la no coincidencia del Presidente del Consejo y el de la Junta, en relación a la interpretación del “interés social” al que hace referencia el artículo 112.3 TRLSA para denegar determinadas informaciones solicitadas por los socios, el sistema propuesto, dentro del régimen actual, sería el siguiente:

- a) Si el Presidente de la Junta no es el Presidente del Consejo de Administración, aquél debería consultar con éste y con el Presidente del Comité de Auditoría la admisión o denegación de una determinada información solicitada.
- b) Si la pregunta va dirigida al Comité de Auditoría, debería someterse al mismo escrutinio previo, haya o no coincidencia entre los dos presidentes (el del Consejo y el de la Junta).
- c) Si el Presidente del Consejo lo es, a su vez de la Junta, antes de denegar una información solicitada, debería consultar con el Presidente del Comité de Auditoría que, como independiente, afianza la ausencia de potenciales conflictos de interés de aquél.
- d) En los planteamientos escritos anteriores a la celebración de la Junta, debería ser el Consejo quien determinase la existencia o no de una amenaza para el interés social de una información solicitada.

⁹⁶ El Informe y el Código HIGGS van más lejos en la relación informativa con los accionistas institucionales con quienes propugnan un diálogo de los miembros del Consejo, poniendo especial énfasis en la presencia de los “*non-executive directors*” (c.1.1) y en particular, del “*senior independent director*” (c.1.2), todo ello al margen de la Junta General.

La cuestión se plantea de forma diversa si partimos de la existencia de dos órganos separados –el Consejo de Administración y el Comité de Auditoría– con obligación por parte de ambos de informar y con ámbitos de competencias separados y definidos para cada uno de ellos.

El principio general se basa en que cada órgano responde a las preguntas planteadas e informaciones solicitadas que encuentran encaje en su cuadro de competencias. Sin embargo, se plantea un doble problema: de una parte, determinar en qué ámbito de competencias se encuadra una cuestión específica, de otra, quién y cómo debe materializar la obligación de rechazar una contestación que atente al interés social.

En la fase previa a la Junta, desde que se produzca la publicación de la convocatoria en el BORME, con el límite de los siete días del art. 112.1 TRLSA, la decisión del ámbito competencial en que se encuadra una información solicitada correspondería al Consejo de Administración o, caso de no reunirse, a su Presidente con comunicación al Presidente de Auditoría. Si no hubiese conformidad por parte de éste respecto a la “adscripción” de la información a uno u otro órgano, la disconformidad debería figurar explícitamente en la respuesta.

En el supuesto de que hubiera acuerdo entre ambos órganos, cada uno de ellos redactará las respuestas correspondientes que remitirá a los accionistas que las plantearon. Simultáneamente la remitirá, a su vez, al Presidente del otro órgano a efectos informativos y de coordinación. Esta “información cruzada” es más significativa en el caso de que proceda del Comité de Auditoría de forma que el Consejo pueda tener una visión global de los planteamientos de los socios. En el caso inverso, la presencia de los miembros del Comité de Auditoría en el Consejo hace mucho más sencillo el conocimiento de las informaciones solicitadas y las respuestas remitidas por el propio Consejo a los accionistas solicitantes.

La determinación de si una información conlleva un potencial daño al interés social comporta posibles conflictos de interés y eventuales

responsabilidades. Por ello, lo deseable sería que, como ocurre en el caso de sociedades limitadas, fuera el Consejo de Administración quien tomase la decisión de contestar o no una demanda de información, de forma que la decisión sea conjunta de la misma forma que solidaria es la responsabilidad, además de reducir en algún grado el riesgo de conflicto de interés que una decisión unipersonal puede comportar, máxime en caso de Presidente ejecutivo.

No obstante hay que recordar que el texto legal se refiere al “juicio del presidente”. Sin embargo, es poco probable que el Consejo se reúna con este propósito, por lo que, en la práctica, tendrá que ser el Presidente quien tome esa resolución, si bien, al igual que propugnamos para los planteamientos informativos en la Junta, debería consultar previamente con el Presidente del Comité de Auditoría, tanto para mantenerlo informado como para contar con una opinión independiente. En caso de discrepancia de opinión entre ambos presidentes, debería hacerse explícita en la respuesta denegatoria.

En resumen, el Presidente del Consejo de Administración es, en última instancia, quien debe juzgar la compatibilidad de una respuesta con la falta de perjuicio o amenaza al interés social. En todo caso, debería consultar con el Presidente del Comité de Auditoría sobre la posible existencia de conflicto de interés que pueda conllevar un rechazo de contestación,⁹⁷ en particular, cuando se trata de un Presidente ejecutivo. Si hay discrepancia se debe explicitar en la contestación.

b) Información a suministrar por el Comité de Auditoría al Consejo de Administración

Además de la información que el Comité de Auditoría deberá suministrar a los socios con motivo de la Junta General, bien mediante informe del órgano, bien mediante respuestas a las preguntas e informaciones solicitadas, deberá practicar una política de transparencia respecto al Consejo en cuanto a sus actividades “corrientes” y añadir, en su caso, su

⁹⁷ En parecidos términos se expresa el Informe SMITH, (4.4)

opinión escrita en los documentos emanados del Consejo o de terceros (auditores, expertos, etc.). Además, tendrá que informar al Presidente del Consejo de cuantas anomalías perciba en los sistemas de control interno, criterios contables, modificaciones en los principios de contabilidad, independencia del auditor, prestación por éste de servicios diferentes del de auditoría, seguimiento y control de riesgos, etc.⁹⁸

*Información periódica

El Secretario del Comité de Auditoría, en el momento que comunique a sus miembros la convocatoria con su orden del día y la pertinente documentación, deberá remitir al Presidente del Consejo de Administración una copia del orden del día al objeto de que tenga conocimiento de los asuntos que van a ser objeto de análisis en el seno del Comité.

De cada reunión del Comité se levantará un acta que, tras la firma por parte de sus miembros, el Secretario incluirá en su libro registro de actas. El Secretario remitirá una copia del acta al Presidente del Consejo y tendrá a su disposición el libro registro.⁹⁹

En la siguiente reunión del Consejo de Administración deberá preverse en la agenda de convocatoria la intervención del Presidente del Comité de Auditoría quien explicará al Consejo las actividades desarrolladas por el Comité, el contenido de las actas remitidas y cuantos aspectos de su

⁹⁸ LORINC, J., "After Enron", op. cit., en relación con el control del *Board* sobre el Comité de Auditoría; BEAN, J. W., "The Audit Committee's Roadmap", op. cit., Ex.4, establece que "*The audit committee must report committee actions to the full board of directors and may make appropriate recommendations*"

⁹⁹ Aunque con carácter más general, ESTEBAN VELASCO, G., "La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado", en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T.II, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.761, se refiere a la necesidad de que el legislador, como ha hecho en la reforma italiana de 2003, perfile "*los intercambios de información entre el pleno y los delegados en la doble dirección de los deberes de información de los delegados al Consejo y de poder-deber de los consejeros delegantes de solicitar información a los delegados*".

actividad considere que pueden ser de interés de los miembros del Consejo.¹⁰⁰

Al menos en cuatro ocasiones, coincidentes con las reuniones previas a la aprobación por el Consejo de las cuentas y resultados trimestrales, y en particular cuando se trate de las cuentas anuales a someter a la Junta General, el Comité de Auditoría deberá emitir su opinión al Consejo por escrito en la que, a su vez, deberá incluir los comentarios que procedan en su caso sobre el informe de los auditores externos, sistemas de control interno y metodología de seguimiento y evaluación de riesgos. De igual manera, deberá actuar en los casos de envío de información financiera o de riesgos a organismos reguladores tanto nacionales como extranjeros (caso de que la sociedad cotice o tenga actividades objeto de información en otros mercados), teniendo en cuenta que, en ocasiones determinados principios contables pueden diferir y, por ello, los balances y cuentas de resultados no ser coincidentes (situación frecuente cuando los balances europeos se “traducen” a US- GAAP).

Con independencia de las relaciones formales entre ambos órganos,¹⁰¹ la existencia de una relación personal fluida y un contacto frecuente entre ambos presidentes facilitará sobremanera el correcto funcionamiento de la necesaria coordinación de ambos órganos. De la misma forma, se deberá procurar una adecuada relación entre el Comité de Auditoría y el área ejecutiva, y más en concreto, entre el Presidente del Comité de Auditoría y el Consejero Delegado, que deberá estar presidida por los principios de independencia, colaboración leal y transparencia.

* Información relacionada con la formulación de cuentas

¹⁰⁰ Aunque planteado en base a un consejo unificado, el Informe SMITH recoge en su apartado D.3.2 las principales funciones y responsabilidades del Comité de Auditoría. En su Apéndice I, ap.12, se recoge la obligación del secretario de distribuir copia de la minuta de las reuniones del Comité entre todos los miembros del Consejo. El Presidente del Comité o, al menos uno de sus miembros, deberá asistir a la reunión del Consejo donde se aprueben las cuentas.

¹⁰¹ El Informe SMITH, “Audit Committees-Combined Guidance”, ap.17, indica que “*an adversarial relationship between the audit committee and the management is of course not typical and where it exists it suggests a failure of corporate governance*”.

El artículo 141.1 TRLSA considera la obligación del Consejo de rendir cuentas y presentar los balances a la Junta General como una obligación indelegable, debiendo hacerse (art. 171 TRLSA) en el plazo máximo de tres meses a partir del cierre del ejercicio social. Esa formulación afecta a las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados. En su caso, deberán añadirse los documentos consolidados. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmadas por todos los administradores, con indicación expresa de la causa, caso de que en algún documento faltase alguna firma.¹⁰² Esas cuentas que abarcan el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria anual –documentos que forman una unidad– deberán reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (art. 172 TRLSA y 34.1 Ccom.). A su vez, el artículo 203 TRLSA impone la obligación de auditar las cuentas y el informe de gestión a las sociedades anónimas que no puedan presentar balance abreviado según los criterios establecidos en el artículo 181 TRLSA. Por último, el artículo 212.2 TRLSA, al referirse a la aprobación de las cuentas anuales por la Junta General, establece que cualquier accionista puede obtener de la sociedad a partir de la convocatoria de la Junta General, de forma inmediata y gratuita, no sólo los documentos que vayan a someterse a la aprobación de la misma, sino también, en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas (art.27 LMV).

Es habitual, aunque no esté específicamente establecido así, que el informe de gobierno corporativo, introducido por el artículo 116 LMV, se presente con motivo de la Junta General y se entregue como anexo a la memoria del ejercicio.

Toda esta documentación¹⁰³ que deberá recibir el Consejo de Administración para su sometimiento a la Junta, debe venir acompañada del

¹⁰² SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, op. cit., p.561, resalta la importancia de esta función cuando indica que “la Ley pretende implicar personalmente, de forma más nítida a cada vocal del consejo de administración, ya que obliga a cada uno de los administradores a firmar las cuentas, y si no quiere hacerlo deberá expresar su causa...”

¹⁰³ Respecto a los requerimientos informativos recogidos en la *Ley de Reforma de la LMV* (6/2007 de 12 de abril) y a los dos Reglamentos que la complementan (RD 1066/200,7 de

correspondiente informe del Comité de Auditoría tras haber verificado la claridad y completud de la información, la opinión emitida en su informe por los auditores externos, y, en su caso, la forma en que se han resuelto las salvedades planteadas, las políticas contables más significativas y los cambios introducidos en ellas, las estimaciones o juicios más relevantes incluidos en la contabilidad, los métodos contables de operaciones inusuales o de significación especial y la adecuación a las normas legales y reglamentarias. Además, el Comité revisará la documentación vinculada a los estados financieros, las declaraciones e informes de gobierno corporativo, gestión del riesgo y cualquier otra documentación que requiera la aprobación del Consejo.¹⁰⁴ Si el Comité abrigase alguna duda respecto a la documentación que se le somete al Consejo se lo hará saber, y caso de discrepancia, deberá figurar en la información que se provee a la Junta o a terceros.

*Información solicitada por el Consejo

La diligencia exigible a los administradores en el ejercicio de su cargo (art. 127 TRLSA) implica, entre otros deberes, que “los administradores deberán informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad” como presupuesto necesario de su función¹⁰⁵ y debe traducirse en una actitud activa de los administradores en la búsqueda o solicitud de la información que consideren precisa para el desarrollo de sus tareas.¹⁰⁶ Esta información

27 de julio y RD 1362/2007, de 19 de octubre), habría que aplicarles el mismo régimen de intervención del Comité de Auditoría

¹⁰⁴ Vid. SMITH REPORT, 5.1 a 5.4; SANZ PARAISO, L. F., “Las comisiones...”, op. cit., p.399

¹⁰⁵ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, op. cit., p.174

¹⁰⁶ Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en AAVV, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp.431 y 432, donde plantea el deber de investigar (*duty of inquiry*) de los administradores para la correcta administración de la sociedad; en términos similares, LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, op. cit., pp.62-65; MUÑOZ PAREDES, J. M., “El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia”, en *La Ley*, nº 6878, de 3 de septiembre de 2004, p.8 y del mismo autor, *La información de los consejeros en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999,, p.70; DIAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidades de los Administradores de Sociedades de Capital (Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p.123; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., “Consideraciones sobre el derecho de información del administrado y en particular, del consejero”, en *RdS*, nº 12, 1991,

podrá consistir en la petición de aclaraciones sobre las opiniones vertidas por el Comité de Auditoría en relación con la documentación manejada, o podrá implicar la emisión de su criterio sobre aspectos que el Consejo considere oportuno conocer su opinión. En ambos casos ese “*duty of inquiry*” del Consejo no tendrá más límites que los derivados de la naturaleza y funciones del Comité de Auditoría, y, dentro de ese ámbito, constituirá una obligación de éste dar la oportuna respuesta o aclaración a las peticiones de aquél.

El correcto funcionamiento de esta relación entre el Consejo y el Comité de Auditoría adquiere especial relevancia en la medida en que las opiniones discrepantes deben explicitarse no sólo en la documentación a someter a la Junta, sino en los propios documentos que la sociedad emita para terceros, sean socios, reguladores o el mercado en general. En concreto, cuando el auditor externo exprese salvedades en su informe, previsiblemente se hará necesario un proceso de “negociación” con los gestores a través del Comité de Auditoría para introducir las modificaciones necesarias que eviten esas salvedades que, incluso si son positivas¹⁰⁷, implican un cierto castigo en los mercados financieros y bursátiles.

c) Información a suministrar a terceros

El flujo informativo de la SA cotizada, al margen del generado con motivo de la Junta General y la rendición de cuentas, ha ido en aumento no sólo cuantitativo, sino cualitativo en cuanto a su contenido, fiabilidad, oportunidad y exactitud.¹⁰⁸ Por otra parte, la existencia de la página Web

pp.184-186; VALENZUELA GARACH, F., *La información en la sociedad anónima y el mercado de valores*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp.169 y 170

¹⁰⁷ No ha sido infrecuente encontrar en los informes de auditoría de algunas entidades financieras consideraciones sobre “exceso de provisiones de riesgos” o “amortización acelerada de los fondos de comercio” generados en las adquisiciones con prima. Ambas son consideraciones muy positivas respecto a la solidez patrimonial de la entidad, pero pueden, a su vez, interpretarse por los inversores como reflejo de una gestión “oportunista” o excesivamente cicatera en la remuneración del capital vía dividendos.

¹⁰⁸ BEAN, J. W., “The Audit Committee’s Roadmap”, op. cit., indica una serie de aspectos que el comité debe revisar en unión de los gestores y de los auditores externos. Entre ellos: a) *The company’s annual financial statements and related footnotes*; b) *The independent accountant’s audit of and report on the financial statements*; c) *The auditors*

societaria ha permitido pasar de un sistema de información periódica y limitada a otro basado en la continuidad, la actualización permanente y el acceso universal sin necesidad de poseer la condición de accionista, todo ello unido al bajo costo y la celeridad y comodidad de su obtención.

***Información a suministrar a los reguladores del Mercado de Valores**

Al margen de las cuentas anuales y la documentación que las acompaña, las sociedades cotizadas son requeridas para informar al mercado en caso de emisión de valores, operaciones extraordinarias o cuando se den determinados hechos o informaciones (relevantes) que puedan influir sensiblemente en su cotización.

Aunque el artículo 25 LMV establece que, con carácter general, la emisión de valores no requiere autorización administrativa previa, el artículo 26 de esa Ley exige el cumplimiento de una serie de requisitos previos a cumplir por el emisor. Se refiere en concreto a: a) la comunicación del proyecto de emisión a la CNMV que lo hará público; b) aportación a la CNMV de los documentos que acreditan el acuerdo de emisión, que registrará según las normas del artículo 92 LMV; c) existencia y registro de la auditoría de cuentas; d) presentación y registro a la CNMV de un folleto informativo de la emisión proyectada; y, e) transcurso de los plazos mínimos establecidos reglamentariamente. A su vez, el artículo 28 LMV regula el contenido del folleto informativo en el que, entre otras informaciones, deberá incluirse la reproducción literal de las conclusiones de la auditoría recogidas en su informe preceptivo, las características de los valores afectados, los derechos y obligaciones de los tenedores, el procedimiento de colocación, además de los contenidos que se establezcan reglamentariamente en función de las características del emisor o de la cuantía y naturaleza de la emisión. La sociedad emisora deberá publicar un folleto informativo y hacer entrega gratuita a los suscriptores, así como facilitar el acceso del público a ese documento.

qualitative judgements about the appropriateness, not just acceptability, of accounting principles and financial disclosures[...]; d) Any serious difficulties encountered during the course of the audit; e) Anything else about the audit procedures or findings that GAAS requires the auditors to discuss with the committee

Además de esta documentación previa a la emisión de valores, la anónima cotizada debe comunicar y difundir al mercado determinadas informaciones relevantes a través de la CNMV (art. 82 LMV). El concepto de información relevante es de difícil precisión y la ley se limita a definirla como “toda aquella [información] cuyo conocimiento puede afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en el mercado secundario”.¹⁰⁹

En cualquier caso, tanto en la emisión de valores como en la comunicación de hecho relevante debe intervenir el Comité de Auditoría. El folleto de emisión tendrá que ser revisado por el Comité tanto en lo que concierne al informe de los auditores, como en el resto de la información contable, de riesgos y cumplimiento normativo que contenga. Sobre su contenido, el Comité deberá emitir su acuerdo o discrepancia en forma similar a como lo debe hacer con las cuentas anuales, el informe de gestión, la memoria y el informe de gobierno corporativo. En el caso de comunicación a la CNMV de hecho relevante, habrá que estar a la naturaleza del mismo para saber si requiere o no el visto bueno del Comité de Auditoría que sería preceptivo en caso de estar relacionado con su ámbito de competencias.¹¹⁰

La Ley 6/2007, de 12 de abril de Reforma de la LMV que trata de incorporar a nuestra legislación las Directivas comunitarias de OPAS y de Transparencia, y su desarrollo reglamentario contenido en los RRDD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de ofertas públicas de

¹⁰⁹ Con objeto de que sirva de guía la CNMV difundió la Circular 9/1997, completada el 28 de diciembre de 1998 por la Circular 14/1998; para un análisis cuantitativo de los hechos relevantes comunicados a la CNMV en el período 1997-2000, vid. LARRÁN JORGE, M., *Requerimientos informativos de las empresas cotizadas*, Ed. Pirámide-IEAF, Madrid, 2003, pp.81 ss.; la Circular CNMV de 27 de febrero de 1998, incluye en su anexo una lista de ejemplos de hechos o decisiones que deben considerarse relevantes.

¹¹⁰ En la Circular 2/1999, de 22 de abril de 1999 (BOE del 30 de abril de 1999) de la CNMV, Anexo I, Cap. V, I.1 y I.2, se refiere a las “personas que asumen la responsabilidad por el contenido del folleto” y exige la “confirmación por parte de dicha persona de la verdad del contenido del folleto y de que no se omite ningún dato relevante ni induce a error”. Entendemos que en el caso que nos ocupa se debería unir a este requerimiento el acuerdo del Comité de Auditoría sobre su contenido.

adquisición de valores y 1362/2007, de 19 de octubre, sobre requisitos de transparencia relativos a emisores con valores cotizados, introduce cambios significativos de fondo y de forma en las obligaciones informativas de los emisores que, suponen nuevas exigencias en el ejercicio de la transparencia informativa a los socios y al mercado.

***Información a analistas e inversores institucionales**

Es una práctica común que las sociedades que cotizan en bolsa mantengan reuniones periódicas, bien de forma individualizada (*“one on one”*) o mediante presentaciones colectivas (*roadshows*), con analistas de valores pertenecientes a firmas de *“brokerage”*, sociedades de inversión, fondos de inversión o de pensiones, agencias de *“rating”*, etc.

Este tipo de información “selectiva” es una práctica recomendable¹¹¹ en la medida en que facilita a tan importantes accionistas y operadores del mercado el ejercicio de su voto o decisiones de inversión, con suficiente conocimiento y documentación, evitando que determinadas decisiones no demasiado fundamentadas puedan introducir factores de volatilidad adicional en un título, ya que sus participaciones e informes son lo suficientemente cuantiosos o significativos como para provocar movimientos relevantes en su cotización. Sin embargo, esta política de información no está carente de riesgos ya que, en un afán informativo, se pueden rebasar los límites de lo aceptable en tanto que se les suministra una información sensible que el mercado desconoce, dotándoles de una ventaja injustificable en relación con el resto de los accionistas.¹¹²

¹¹¹ Informe HIGGS, Sec.2, E 1,2 y 3, además de recomendar a los inversores institucionales hacer uso de su voto y a mantener un diálogo con las compañías, le adjudica un papel especial en la valoración de las medidas de gobierno corporativo u su cumplimiento: *“when evaluating companies’ governance arrangements, particularly those relating to board structure and composition, institutional investors should give due weight to all relevant factors drawn to their attention”*

¹¹² Para un análisis de la forma de intervención de los inversores institucionales en los órganos de administración, vid. TRÍAS SAGNIER, M. *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1988, pp.193 ss.; GARRIDO, J. M., *La Distribución y el Control del Poder en las Sociedades Cotizadas y los Inversores Institucionales*, Real Colegio Español de Bolonia, 2002, pp.205 ss.; DÍAZ RUIZ, Emilio, “Los inversores institucionales y el buen gobierno corporativo”, en *RDM*, nº 263, pp.193-205

Para evitar estas posibles irregularidades, en ocasiones, los reguladores exigen que la documentación presentada se comunique al mercado simultáneamente, llegando a imponer la presencia física entre los oyentes de algún funcionario o representante suyo con objeto de que valore no sólo la documentación escrita o gráfica presentada, sino los comentarios y mensajes orales transmitidos a lo largo de la reunión.¹¹³

Toda la documentación contable, de seguimiento de riesgos, de auditoría, etc. que vaya a ser presentada por los ejecutivos a los analistas e inversores institucionales deberá estar supervisada por el Comité de Auditoría. Los documentos deberán reflejar las posibles discrepancias que entre ambos o con los auditores hayan surgido y no hayan podido ser conciliadas. Por último, parece recomendable que el Presidente del Comité de Auditoría asista a estas reuniones –que podrían calificarse de “minijuntas”– con objeto de aclarar y contestar cuantas dudas pudieran surgir en relación con su actividad y especialmente cuando sobre determinados documentos se haya manifestado alguna discrepancia.

*Página Web corporativa

La incorporación de las nuevas tecnologías al proceso de información de la sociedad cotizada puede suponer un avance significativo en el grado de transparencia de la información en función de diversos factores positivos que concita: bajo coste, rapidez de difusión, extensión a terceros y permanencia. Además, el soporte informático permite una continua y rápida actualización cuando las circunstancias así lo recomienden. Como indica el Informe ALDAMA (2.2.b) “este instrumento [Internet] debería sustituir progresiva y eficazmente a mecanismos más tradicionales de información y, por otra parte, facilitar que ésta fuera más extensa y eficaz”. Hay que destacar, a su vez, que la información canalizada a través de la Web corporativa tiene un alcance general que rebasa el ámbito de los accionistas y alcanza a cualquier operador del mercado, incluyendo futuros inversores y accionistas a quienes

¹¹³ Banco de España en relación con presentaciones de datos a analistas e inversores institucionales

se les facilita la toma de decisiones con una base informativa suficiente. Del derecho de información del accionista se va evolucionando hacia un concepto más amplio de la transparencia informativa (*disclosure*) que se materializa en la obligación de la sociedad de informar al mercado, sea a través de la CNMV, o mediante la difusión a través de la página Web, o ambas, sin excluir el papel que el Registro Mercantil juega a estos efectos.¹¹⁴

El artículo 117 LMV, referente a los instrumentos de información, prevé en su apartado 1 la utilización de medios técnicos, informáticos o telemáticos para canalizar la información a la que obliga la Ley, previendo, en su apartado 2, la obligación de las anónimas cotizadas de contar con una página Web “para atender el ejercicio por parte de los accionistas del derecho de información y para difundir la información relevante...”. La Orden ECO/2003 de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, recoge en su apartado “cuatro” el contenido mínimo de la página Web así como la obligación, por parte de los administradores, de mantener actualizada esa información, facultando a la CNMV a determinar las especificaciones técnicas y jurídicas y la información que las sociedades anónimas cotizadas han de introducir en esa misma página.(Circular 1/2004, de 17 de marzo de la CNMV).

El Comité de Auditoría debería incluir su propio reglamento en dicha página junto con los del Consejo de Administración y el de las otras comisiones del Consejo si existieran (apartado 1.c). Las opiniones del Comité de Auditoría respecto a la memoria anual (balance, cuenta de explotación, informe de gestión, informe del auditor externo, informe de su propia

¹¹⁴ Vid. URÍA, R. y MUÑOZ PLANAS, J. M., “La Junta General de Accionistas...”, op. cit., pp.241- 244; URÍA, R., *La información del accionista en el Derecho Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp.64-68; ESTEBAN VELASCO, G., “Derecho de información del accionista”, en AAVV., ALONSO UREBA, A. y otros (coords.), *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y Acciones*, , Vol. I, Madrid, 1994, p.178; VALENZUELA GARACH, F., *La información...*, op. cit.,pp. 159, 189 y 190; ROMERO FERNÁNDEZ, J .A., *El derecho de información documental del accionista*, Ed. M. Pons, Madrid, 2000, p.17; GARRIGUES, J., “El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas”, en AAVV., *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Ed. Reus, Madrid, 1955, p.483; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp.18-29

actuación, etc.) –apartado 1.d– y del informe de gobierno corporativo (apartado 1.c) aparecerán en la página Web junto con la mencionada documentación sobre la que previamente se habrá manifestado el Comité. Los hechos relevantes de obligada difusión (apartado “tercero” de la Orden) podrán requerir la previa intervención del Comité de Auditoría en tanto en cuanto afecten a alguna de sus competencias. En cualquier caso, si la información facilitada por el Consejo de Administración planteara posiciones u opiniones divergentes por parte del Comité de Auditoría que no se hubiesen subsanado, deberán aparecer en la información canalizada a través de Internet.

d) Información relacionada con operaciones especiales

Sin pretender entrar en los detalles de lo que denominamos “operaciones especiales”, dadas las limitaciones de este trabajo, nos vamos a referir de forma esquemática en la intervención del Comité de Auditoría en cada una de ellas, especialmente centradas en informes de todo tipo y en criterios de valoración, en función de las facultades que como órgano separado le serían conferidas por la ley y que, incluso hoy día, podrían tener cabida en el planteamiento competencial abierto del artículo 47 de la Ley 44/2002.

**Adquisiciones onerosas*

Según el artículo 41 TRLSA, las adquisiciones onerosas que realice la sociedad en los dos primeros años tras su constitución, deberán ser aprobados por la Junta General cuando el importe exceda de la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la Junta deberá ponerse a disposición de los accionistas dos informes, uno elaborado por los administradores y el otro por uno o varios expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil, siguiendo el mismo criterio que emplea en el caso de aportaciones no dinerarias (art. 38 TRLSA). Cabe interpretar que, de la misma forma que los expertos independientes en el caso de aportaciones no dinerarias deben emitir un informe respecto a los “criterios de valoración adoptados”, deban hacer lo propio en el caso de

adquisiciones onerosas a someter a la Junta. El Comité de Auditoría deberá constatar que la actuación de los expertos es objetiva e independiente (con criterios similares a los empleados en la valoración de los auditores) y si los criterios de valoración responden a los métodos habitualmente utilizados y recogen las peculiaridades del caso y su influencia en su valor.

A efectos de garantizar la independencia de los expertos, nos inclinamos por añadir al requerimiento legal (designación por el Registrador Mercantil) la aprobación de dicha designación por el Comité de Auditoría que deberá haber hecho las indagaciones previas suficientes para “avaluar” su comportamiento objetivo y profesional.¹¹⁵

*Modificación de estatutos

Especial importancia reviste esta operación societaria lo que ha hecho que el legislador establezca una serie de cautelas a través de un procedimiento complejo. Como medida general, el artículo 144.1TRLSA exige que la modificación de estatutos sea aprobada por la Junta General, celebrada de acuerdo con los requisitos del artículo 103 TRLSA, lo que implica un quórum de asistencia en la primera convocatoria que alcance un cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, o en la segunda se llegue al veinticinco por ciento de ese capital. En caso de concurrencia de menos del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, las decisiones se adoptarán por el voto favorable de dos tercios del capital presente o representado.

¹¹⁵ Especialmente criticable nos parece la forma de proceder de determinados asesores y expertos que intervienen en operaciones societaria con un sistema de retribución basado en un importe fijo más una “comisión de éxito” (*success fee*), expresada en porcentaje del importe de la transacción, siendo a su vez los que emiten la opinión sobre la equidad de la valoración, canje, etc. (*fairness opinion*), en una flagrante situación de conflicto de interés.

También nos parece delicado el hecho de que estas prestaciones procedan de entidades que facturan cantidades significativas a esa misma sociedad en concepto de otros asesoramientos, en cuyo caso deberían someterse por parte de la sociedad al mismo criterio restrictivo que se aplica a la prestación de servicios de asesoramiento (*non-audit services*) por los auditores externos, cuya autorización debe proceder del Comité de Auditoría.

Además, los administradores o los accionistas proponentes deberán formular un informe escrito justificativo de la modificación propuesta a someter a la Junta. En la convocatoria de ésta, deberá figurar la expresión clara de los extremos a modificar y hacer constar el derecho de los accionistas a examinar el texto de las modificaciones propuestas y el preceptivo informe.

Las modificaciones estatutarias posibles abarcan un amplio abanico de posibilidades y resulta, *a priori*, casi imposible la enumeración de los casos que requerirían la intervención del Comité de Auditoría, especialmente en la validación del informe de los administradores o accionistas proponentes. Por ello habrá que estar a la naturaleza de la operación para determinar la participación que debería tomar el Comité, sin olvidar que, en determinadas modalidades de operaciones societarias que conllevan modificación de estatutos, la ley prevé un tratamiento específico que debe añadirse a la modificación “simple” de los estatutos, en la medida en que sea más exigente. Tal es el caso, entre otros, del aumento (con o sin derecho de suscripción preferente) o disminución de capital, o la fusión, escisión, disolución y liquidación de la sociedad.

*Aumento de capital

El aumento de capital que podrá materializarse mediante la emisión de nuevas acciones o el aumento de nominal de las existentes, deberá ser acordado por la Junta General con los mismos requisitos que acabamos de ver en las modificaciones estatutarias.

La ley (art. 151.2 TRLSA) prevé varias posibles contrapartidas a la ampliación de capital: a) nuevas aportaciones dinerarias; b) aportaciones no dinerarias; c) compensación de créditos contra la sociedad; y, d) transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio.

En el supuesto de ampliación de capital con contrapartida de aportaciones no dinerarias (art. 155 TRLSA) se requerirá, entre otros, un informe de los administradores “en que se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el número

y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse...”. Como fácilmente puede deducirse del texto legal, se trata de encontrar una justa equivalencia entre los bienes aportados y el valor de las acciones recibidas, de forma que no se perjudique a los accionistas que habrían desembolsado el importe en dinero efectivo.¹¹⁶ El informe de administradores debería contar con el visto bueno del Comité de Auditoría en lo que concierne a criterios de valoración empleados para establecer el nivel de equivalencia exigible.

Aunque la ley no requiere en la operación que nos ocupa la intervención de expertos independientes y se limita a exigir el informe de los administradores, ya vimos que el artículo 38 TRLSA en que se regulan las aportaciones no dinerarias, indica que, sea cual sea su naturaleza, se exigirá un informe de uno o varios expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil. Entendemos que esta obligación se impone en el caso de ampliación de capital que en sustancia no difiere de las aportaciones en la constitución de la sociedad (se trata de entregar títulos de capital a cambio de aportaciones en especie) e, incluso, estaría más justificado en este caso por la complejidad que entraña la mencionada equivalencia con acciones cuyo valor fluctúa en la Bolsa y que, como hemos indicado, puede estar muy alejado de su valor nominal. Si este es el caso, el Comité deberá intervenir no sólo en cuanto a criterios de valoración para establecer la equivalencia, sino a la independencia de esos expertos para lo que tendría que haber aceptado el nombramiento del Registrador.

Para el caso en que la contrapartida al aumento de capital es la compensación de créditos (art. 156 TRLSA), al menos el veinticinco por ciento de los de los créditos a compensar deberán ser líquidos, vencidos y exigibles y el resto no debe tener un vencimiento superior a cinco años. El auditor de cuentas deberá emitir una certificación “que acredite que, una vez

¹¹⁶ No nos parece muy acertada la expresión “valor nominal de las acciones que hayan de entregarse” del art. 151.1 TRLSA, toda vez que de lo que se trata es de comparar la equivalencia del valor de las aportaciones con el valor “real” de las acciones recibidas a cambio que, en caso de emisión con prima sobre el nominal, puede estar muy alejado de éste. Por ello habría sido más acertado que la ley mencionase ambos, el valor nominal y el valor real de las acciones a entregar, siendo este último el que deberá compararse con la aportación no dineraria.

verificada la contabilidad social resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión”. El interlocutor primero del auditor de cuentas debe ser el Comité de Auditoría y a través de él deberá remitirse el preceptivo informe constatando la existencia y circunstancias de los créditos sometidos a compensación. Caso de que surgieran discrepancias en la calificación de los créditos, el auditor lo hará saber al Comité de Auditoría quien facilitará la solución de esa discrepancia o, en caso contrario, deberá pedir al Consejo la inclusión de créditos sustitutivos que reúnan los requisitos legales mencionados. El artículo 168.3 RRM exige la incorporación de la certificación del auditor a la escritura pública.

Parecida exigencia es la que reclama el artículo 168.4, segundo párrafo, RRM para el caso en que el aumento de capital se haga mediante la transformación de reservas libres, beneficios acumulados, prima de emisión (que en sí misma equivale a una reserva y como tal estará contabilizada) o las reservas legales que superen el mínimo legal del diez por ciento del capital computado después de la ampliación (art. 157.1 TRLSA). El Registrador deberá contar con el balance verificado y aprobado junto con el informe del auditor su identificación y la fecha de verificación, documentos que previamente habrán sido supervisados por el Comité de Auditoría y, en su caso, discutidos y consensuados entre los auditores y los ejecutivos con su intervención.

*Reducción de capital

La reducción de capital, como algunas de las operaciones que estamos analizando, implica una modificación de los estatutos sociales y deberá cumplir, como mínimo, los requisitos legales que hemos visto en esa operación. Será la Junta General quien apruebe la operación de reducción de capital propuesta que podrá hacerse bien o agrupación para canjearlas.

El propósito de esta operación de capital puede ser el de devolver aportaciones que no se consideren necesaria para el desarrollo de la

empresa,¹¹⁷ la condonación de dividendos pasivos, la constitución –con cargo al capital– de reservas legales o voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el patrimonio y el capital de la sociedad por el impacto en aquél de las pérdidas de explotación (art. 163.1 TRLSA).

Desde el punto de vista de intervención del Comité de Auditoría hay dos aspectos que requieren cierta atención. En primer lugar, cuando se trate de compensar pérdidas, será preciso la verificación de las mismas por el auditor de acuerdo con principios contables generalmente aceptados que deberán ser compartidos por el Comité de Auditoría, si bien, al tratarse de compañías con balances auditados, las pérdidas a compensar procederán del balance del ejercicio o de ejercicios anteriores, todos ellos sometidos a auditoría externa, en cuyo caso la intervención del auditor se limitaría a la constatación de la permanencia de esas pérdidas en el momento de la convocatoria de la Junta. En segundo lugar, en aquellas modalidades de reducción de capital que no afectan por igual a todos los accionistas, en particular, la adquisición de acciones propias para su posterior amortización, ha de tratarles de forma igualitaria, tal como establece el artículo 170 TRLSA, y el Comité de Auditoría debería verificar que se cumplen escrupulosamente los plazos, las ofertas de compra y, finalmente, la amortización de la autocartera adquirida.

*Supresión del derecho de suscripción preferente

El accionista como propietario de una alícuota del capital social tiene una serie de derechos económicos y políticos entre los que se encuentra el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones, tal como se recoge en el artículo 48.2.b TRLSA. Este derecho tiene una doble componente: de una parte, puede considerarse

¹¹⁷ Alguna empresa del Ibex 35 que ha practicado en el pasado una política agresiva de remuneración al accionista y, aunque tenía como norma no rebasar el 50% de *pay-out*, completó durante varios ejercicios su dividendo con devolución de capital mediante la reducción correspondiente del nominal de sus acciones. Además de la ventaja fiscal de esta devolución frente a los dividendos que beneficia al accionista, la sociedad reducía la base de cálculo del ROE (*return on equity*) - ratio extremadamente valorado por los mercados bursátiles- y conseguía un reconocimiento positivo en su cotización, toda vez que las perspectivas de sus negocios eran muy prometedoras. Obviamente, esto sólo puede hacerse con unos resultados de gestión excelentes y un elevado nivel de fondos propios.

como una protección “antidilución”¹¹⁸, en la medida en que el accionista no ve reducido su porcentaje de participación salvo que así lo decida y venda en el mercado los derechos que le corresponden (“cupones”); de otra, puede tener implicaciones económicas de cierta importancia sobre todo si la emisión de las nuevas acciones se hace a un precio inferior al de mercado o los cupones adquieren valores elevados en el mercado secundario por razones estratégicas o de control.¹¹⁹

La privación de este derecho del accionista ha de estar debidamente justificada en función de su necesidad para el interés social y debe procurarse su neutralidad económica, de forma que el accionista no se vea perjudicado por la privación de su derecho de suscripción. Cuando la emisión se haga a precios de mercado, el valor del cupón es prácticamente nulo y, salvo por motivos fiscales, su impacto económico es marginal, máxime si el mercado permite recomponer la posición precedente sin que registre presión alcista en los precios. Otra cosa es el supuesto recogido en el artículo 158 *in fine* TRLSA en el que la ampliación se hace con cargo a reservas o mediante asignación gratuita de acciones nuevas¹²⁰, en cuyo caso la privación de ese derecho de suscripción significaría un expolio.

Para la exclusión del derecho de suscripción preferente, y en evitación de las consecuencias que puede acarrear según acabamos de ver, el artículo 159 TRLSA impone una serie de precauciones y procedimientos formales. En

¹¹⁸ Este efecto de dilución estará en razón inversa a la liquidez de la acción (“*free float*”) y al volumen de la dilución, ya que ambos parámetros condicionarán significativamente la posibilidad del accionista de recomponer su porcentaje inicial a precios de mercado.

En situaciones de participaciones significativas de varios socios que pugnan por el control de la sociedad en forma individual o “sindicada”, los pequeños cambios en los porcentajes de participación pueden implicar modificaciones relevantes en la estructura de poder, en particular en el Consejo de Administración y, en menor medida, en la Junta General. En situaciones como esta o similares puede apreciarse la importancia que adquiere el poder mantener los derechos de suscripción preferente en caso de ampliación de capital.

¹¹⁹ YANES YANES, P., “Exclusión del derecho de suscripción preferente”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p.2651, enfatiza el carácter tuitivo de la exigencia del interés social.

¹²⁰ Durante años este fue el método más habitual de remuneración al accionista en la Bolsa española. Recientemente, pese a estar en desuso, ha sido utilizado por Telefónica que completó su dividendo de 2004 con la entrega gratuita de una acción nueva por cada veinticinco antiguas.

primer lugar, la operación planteada debe estar justificada en razón al interés social¹²¹ y, dado que no es un derecho de libre disposición de los administradores, deberá ser aprobada por la Junta General con los condicionantes exigidos para el caso de modificación estatutaria (art. 144 TRLSA). En la convocatoria de la Junta, además de hacer constar la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente y el tipo de emisión de las acciones, deberán ponerse a disposición de los accionistas dos informes: el elaborado por los administradores, con justificación de la propuesta (interés social, proporción, etc.), tipo de emisión de las acciones y destinatarios de éstas, de un lado, y otro elaborado por auditor distinto del de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil, que debe emitir informe sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad, sobre el valor teórico de los derechos de suscripción y sobre la razonabilidad de los datos del informe de los administradores, además de la equivalencia entre el valor nominal más la prima de emisión –si la hubiere– con el valor resultante de su informe y con el valor bursátil.

El informe que presenten los administradores, presumiblemente estará basado en dos argumentos principales: la exigencia del interés social para justificar la exclusión – por ejemplo, caso de una adquisición con pago en acciones nuevas– y la razonabilidad económica y financiera tanto para calcular la equivalencia con la aportación de los nuevos suscriptores, como para justificar la neutralidad respecto al resto de los accionistas de la sociedad. Este informe deberá estar debidamente contrastado con el Comité de Auditoría, no tanto respecto a aspectos de gestión o de interés social que se enmarcan en las funciones del Consejo, cuanto en relación a las valoraciones y equivalencias. El Comité deberá emitir opinión al Consejo con

¹²¹ En este caso concreto las posiciones doctrinales respecto al concepto de interés social adquieren un potencial interés de consecuencias prácticas innegables y, probablemente, se imponga más que en ningún otro caso la postura “relativista” a medio camino entre el concepto “institucionalista” y el “contractualista”. ; Vid. GALGANO, F., “Il nuovo diritto societario”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico*, 2ª ed., vol XIX, T.I, Padova, 2004, pp.48 ss.; la interpretación del “interés social” es muy vaga y así el BBVA (27 de noviembre de 2006) ha realizado una ampliación de capital de 3.000 millones de euros por el sistema de “colocación rápida” entre inversores institucionales destinada a reforzar su ratio de “core capital”, excluyendo el derecho de suscripción preferente del resto de accionistas, lo que no fue bien recibido por el mercado (caída de más de un 4% en la sesión subsiguiente), lo que evidencia una concepción diversa del interés social en esa circunstancia.

explicación de los motivos de discrepancia, si los hubiera, que, en caso de persistir, deberían figurar en el informe de los administradores.

En lo relativo a la intervención de auditor externo distinto al de la sociedad, nos inclinamos por que la designación por el Registrador Mercantil, o bien se sustituya por la designación por el Comité de Auditoría siguiendo los procedimientos que aseguran su independencia, o, al menos, deba de contar con su acuerdo a efectos de que opine sobre temas de independencia y capacidad técnica y/o humana para llevar a cabo la operación. El Comité debería ser el interlocutor de los auditores para valorar el informe, su metodología y discrepancias que hayan podido surgir en la valoración. A estos efectos, el propio artículo 159.c, segundo párrafo TRLSA, exige tener en cuenta en la estimación del valor las posibles salvedades que pudiera haber puesto de manifiesto el auditor y su impacto en el mismo, aspecto que requerirá la intervención del Comité de Auditoría, no sólo por la existencia de esas salvedades en las cuentas que sirven de base para la estimación del valor patrimonial neto, sino, además, para la debida ponderación que esas salvedades pueden tener en la estimación del valor.

Así pues, en el caso de emisión de acciones de sociedades cotizadas en las que la Junta General decide hacerlo por encima del valor neto patrimonial, la intervención de auditores es doble: de un lado, la de los auditores de la propia compañía que habrán auditado sus cuentas y que podrían haber señalado alguna salvedad que será tenida en cuenta en la fijación del valor patrimonial neto, y la de los auditores designados por el Registrador Mercantil que debe elaborar esa valoración ("valor razonable"), así como la del valor teórico de los derechos de suscripción y la razonabilidad de la propuesta de los administradores.

La participación del Comité de Auditoría en todo este proceso de ampliación de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente nos parece de importancia decisiva en base a tres circunstancias que concurren en muchos de estos casos, a saber: a) la fluctuación del valor en la Bolsa y la propia volatilidad del mercado en determinadas circunstancias introduce una especial dificultad en la fijación de un valor acorde con las

referencias bursátiles, especialmente a las referidas a mercado a corto plazo afectado por esa aleatoriedad; b) la dificultad propia de toda valoración no liquidativa y la dispersión de valores resultantes de la utilización de diversos métodos o del mismo método con valores de los parámetros de referencia diversos y susceptibles de incorporar elementos subjetivos;¹²² y, c) la búsqueda de equilibrios y equivalencias en las valoraciones con objeto de conseguir una neutralidad para el accionista puede resultar especialmente complicada si en la operación se barajan situaciones de cambio de control societario o de minorías relevantes o de bloqueo. Este elemento que no menciona la ley de forma expresa, puede representar un factor multiplicador de importancia, especialmente si se está compitiendo por el control o por alcanzar alguna de esas minorías, por lo que en su caso, habrá de ser tenido en cuenta en la valoración patrimonial, en el bien entendido que después de que las mayorías deseadas se hayan alcanzado, ese valor puede descender significativamente.

*Fusión

La operación de fusión, ya se materialice por absorción de una sociedad por otra o mediante la creación de una nueva sociedad que recibe los patrimonios de las sociedades fusionadas (art. 233 TRLSA), es una operación de cierta complejidad y cuyo aspecto más delicado estriba en la valoración de las sociedades a fusionar y en la comparación de ambos valores que van a determinar la “ecuación de canje” o número de acciones de la sociedad nueva o absorbente por cada acción de la sociedad absorbida.

- El proceso de fusión se inicia mediante la “preparación de la fusión” (art. 234 TRLSA) en el que los administradores de las sociedades a fusionar deben redactar y suscribir un *proyecto de fusión*. En la redacción de dicho proyecto, además del Consejo de Administración, deberá intervenir el Comité

¹²² Si tomamos como ejemplo el método de valoración tan habitual como es el del descuento de los flujos de caja, los resultados de una misma serie de “*cash flow*”, ya de por sí incierta y opinable, varían significativamente en función del tipo de actualización que utilicemos, años de la serie, valor residual, etc. es decir, que cualquier valoración por muchas referencias objetivas que quiera incorporar, deberá introducir, a su vez, una serie de elementos clave basados en estimaciones y experiencias, y hasta en el sentido común, que necesariamente le confieren un fuerte componente estocástico.

de Auditoría de cada una de las sociedades a fusionar de forma que determinados aspectos relacionados con sus competencias cuenten con su respaldo. El proyecto de fusión recogerá los aspectos sustantivos de la operación y entre ellos (art. 235.b TRLSA) “el tipo de canje de las acciones que se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social, y la compensación complementaria en dinero que, en su caso, se prevea.” Además, el Comité de Auditoría deberá vigilar que se cumpla con rigor la interdicción del artículo 234.2 TRLSA (semejante a la *passivity rule* en caso de OPA) que impide la realización de actos o contratos que pudiera modificar significativamente la relación de canje o poner en peligro el proyecto de fusión.

- El siguiente paso en el proceso requiere un *informe de expertos* sobre el proyecto de fusión (art. 236 TRLSA). Su designación se hará por el Registrador Mercantil a petición de los administradores de cada una de las sociedades que van a fusionarse, si bien podrán agruparse si todos los administradores de las mencionadas sociedades así lo solicitan al Registrador. En cualquiera de las dos opciones –expertos separados o experto (s) único (s) para el conjunto de sociedades– el Comité de Auditoría de cada sociedad deberá examinar si la demanda hecha por los administradores al Registrador reúne las condiciones de independencia y capacidad técnica aplicables a los auditores externos, puesto que la propia ley (art. 236.3 TRLSA) indica que la responsabilidad de los expertos nombrados por el Registrador se regirá por lo dispuesto para los auditores de cuentas.

Los expertos deberán manifestar en su informe si el tipo de canje está o no justificado, cuáles han sido los métodos para establecerlo, si tales métodos son adecuados, y las valoraciones a que les han conducido esos métodos, así como las dificultades encontradas en esa valoración si las hubiese. No se trata, pues, de una simple manifestación de acuerdo en las valoraciones o equivalencias del proyecto de fusión, sino de una opinión debidamente justificada que exige una reelaboración de los cálculos de valoración realizada por los administradores o sus asesores.

Dada La naturaleza del informe de los expertos, éstos deberán contar con la participación activa del Comité de Auditoría que velará por que les sea entregada en tiempo y forma la documentación que soliciten a los diversos servicios ejecutivos, por la independencia de sus actuaciones y por la utilización de métodos y parámetros de valoración al uso en la profesión. Además deberá intervenir y tratar de resolver las discrepancias que puedan surgir entre los expertos y los ejecutivos o los administradores. Caso de no resolverse esas diferencias, deberá emitir su opinión independiente y transmitirla al Consejo junto con el informe de los expertos. Es decir, el Comité de Auditoría tendrá un papel plural cual es el de interlocutor o intermediario entre los expertos y la sociedad, el de vigilante de la “normalidad” del proceso y el de mediador en la resolución de diferencias de criterio que puedan surgir en la elaboración del informe y, en particular, en todo lo relacionado con las valoraciones de las sociedades a fusionar.

- El tercer paso del proceso de fusión requiere un *informe de los administradores* de cada una de las sociedades a fusionar, “explicando y justificando detalladamente el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir” (art. 237 TRLSA).¹²³ En este caso, al igual que en lo relativo al proyecto de fusión, se requerirá la intervención del Comité de Auditoría en todo lo concerniente a valoraciones y su metodología, equivalencias y proporción de canje de forma que se

¹²³ Es lógico que la ley insista de forma directa e indirecta en todo lo relacionado con las proporciones de canje derivadas de las valoraciones de las sociedades. La experiencia nos deja claro que toda fusión presenta dos problemas clave, al margen de aspectos fiscales, reglamentarios, de competencia o similares. Se trata, en primer lugar, y sobre todo, de la composición del Consejo resultante de la fusión y, en particular, su presidencia –o copresidencia– y las normas estatutarias de “sucesión” (en términos más simples, quién va a mandar en la nueva sociedad fusionada y cómo está prevista su sucesión), y de otra, de la forma en que la operación va a afectar al patrimonio de los accionistas a través de las valoraciones relativas de las compañías que determinan la ecuación de canje.

El primer aspecto es puramente comercial y como tal no necesita tutela o protección de terceros. En cambio, la proporción de canje afecta a terceros (los accionistas) que, en casos límite -en especial en sociedades con capital muy diluido y sin socios de referencia o simplemente significativos-, podrían ser la moneda de cambio para conseguir mayores cuotas de poder en la sociedad resultante por parte de todos o una parte de los administradores de “su” sociedad. De ahí que la ley imponga la intervención de expertos independientes obligados a justificar debidamente los valores de las sociedades y, por ende, la ecuación de canje, y no intervengan en la composición del Consejo y su distribución del poder.

promueva la coincidencia de métodos y criterios de valoración entre administradores y expertos.

- A continuación se deberán convocar las Juntas Generales de las sociedades a fusionar (art. 238 TRLSA) y se pondrán a disposición de los accionistas, obligacionistas, representantes de los trabajadores y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, una serie de informaciones, entre las que se incluyen el proyecto de fusión y los informes de los expertos y de los administradores. En esta fase la actividad del Comité de Auditoría se centrará en suministrar la información y aclaraciones que soliciten los accionistas en el período previo a la Junta tal, como ya hemos tenido ocasión de ver, o justificar las discrepancias en el caso de que existiesen.

- Especial importancia reviste la elaboración del *balance de fusión* en la medida en que su impugnación puede, por sí sola, suspender el proceso de fusión (art. 239.3 TRLSA).

La intervención del Comité de Auditoría en la elaboración del balance de fusión estará en función de que se adopte como tal el último balance anual aprobado, siempre que no hubiesen transcurrido seis meses hasta la celebración de la Junta que debe tratar la fusión, o se elabore otro nuevo, cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión (art. 239.1 TRLSA). En ambos casos - balance anual y balance “*ad hoc*”- el balance deberá estar verificado por los auditores de cuentas de la sociedad y se deberá someter a la aprobación de la Junta que delibere sobre la fusión.¹²⁴

El Comité de Auditoría participará en la elaboración del balance de fusión de forma similar a la comentada en relación con las cuentas anuales a someter

¹²⁴ El texto legal no prevé el caso de que el balance se hubiera aprobado con anterioridad en una Junta ordinaria, en cuyo caso, parece obvio que, si no han transcurrido los plazos legales que exigen un nuevo balance, la Junta no tuviese que repetir su aprobación. Sólo la aparición de variaciones importantes no recogidas en los asientos contables del balance, tal como regula el art. 239.1.2º párrafo TRLSA, podría justificar esta segunda aprobación del balance debidamente ajustado, supuesto en el que cabe preguntarse si no estamos tratando con un nuevo balance.

por el Consejo a la Junta. Sin embargo, la posibilidad de añadir modificaciones en el último balance aprobado en razón de variaciones significativas en el valor, introduce elementos de posibles polémicas y discrepancias (no olvidemos la consecuencia suspensiva del proceso en caso de impugnación o desacuerdo sobre el balance de fusión) que, en nuestra opinión, exigiría la intervención de los auditores externos, de los expertos que han justificado la ecuación de canje (art. 236.4 TRLSA) y del propio Comité de Auditoría que debe aceptar el cambio de criterio contable, en la medida en que se está produciendo una incorporación de partidas intangibles con contrapartida en el patrimonio, o si se quiere, se produce una regularización del balance que tiene como consecuencia una modificación patrimonial que debería afectar a la valoración de la sociedad -y, en consecuencia, a la ecuación de canje- a menos que los expertos encargados de emitir opinión sobre esa proporción hubieran tenido en cuenta esos intangibles, no registrados en la contabilidad, a la hora de emitir su informe.

-El acuerdo de fusión deberá ser adoptado por la Junta General de cada una de las sociedades, convocadas con un mes de antelación (art. 240.1y2 TRLSA) ¹²⁵ y cumpliendo los requisitos establecidos para las modificaciones estatutarias del artículo 144 TRLSA, de una parte, y de la “modificación perjudicial a una clase de acciones” (art.148 TRLSA), de otra. El desarrollo de la Junta dará lugar a posibles intervenciones del Comité de Auditoría en respuesta de las intervenciones y requerimientos de los accionistas referidas a su campo de actividad, y en particular, a las valoraciones, criterios empleados, sinergias previstas, reducciones de costes programadas, y proporción de canje, derivada de esas y otras variables de gestión, propuesta por los administradores y ratificada por los expertos independientes.¹²⁶

¹²⁵ Este plazo es hoy el normal de toda Junta General tras la modificación introducida en el art. 97 TRLSA por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en la que se regula la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Hasta esta Ley, el plazo de convocatoria, salvo para la Junta de fusión, era de quince días.

¹²⁶ Todos estos aspectos adquieren mayor importancia y dificultad cuando está en juego el control de la sociedad resultante por parte de algún socio, o la pérdida del mismo por efecto de la fusión. Tengamos en cuenta que la valoración de la prima de control suele oscilar entre un 5 y un 30% del valor bursátil de un título, lo que introduce una especial subjetividad a la hora de valorar la transacción.

PAZ ARES, C. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *RdS*, nº 20, 2003-1, p.73 sitúa la prima de control en España en

*Escisión

La operación contraria a la fusión, la escisión de una sociedad en varias, se puede producir mediante el traspaso del patrimonio escindido a dos o más sociedades, con desaparición de la sociedad escindida, o por el traspaso de una parte del patrimonio a otra u otras sociedades nuevas o preexistentes, pero sin que la sociedad originaria, de la que se ha desgajado una parte de su patrimonio, se extinga [art. 252.1,a) y b) TRLSA].

De la misma manera que la fusión representa una operación delicada para el accionista, especialmente a lo que se refiere a la proporción de canje entre sus acciones antiguas y las que va a recibir de la sociedad resultante de la fusión, la operación de escisión, además de los problemas derivados de la solvencia frente a los acreedores sociales, exigirá de los accionistas una especial sensibilización a la posición resultante en la sociedad escindida –si no desaparece– y en la sociedad o sociedades receptoras del patrimonio escindido.

La propia ley (art. 254 TRLSA) establece un régimen para la escisión que, con carácter general, se remite al de fusión, en el bien entendido que donde se habla de sociedad resultante en el proceso de fusión, habremos de referirnos a las sociedades beneficiarias del patrimonio en el caso de escisión.

El proyecto de escisión es en este proceso el paralelo al proyecto de fusión, si bien deberá contener con precisión el reparto de los elementos de activo y pasivo a transferir a cada una de las sociedades beneficiarias, el reparto entre los accionistas de la escindida de las acciones o participaciones que han de corresponderle en las sociedades beneficiarias (equivalente a la ecuación de canje en la fusión) y el criterio en que se funda el reparto (art. 255.1 TRLSA).

un promedio del 18,5% frente al 2,5% en los países anglosajones y el 50% en los países emergentes.

Este proyecto, que incluye el manejo y explicitación de criterios de valoración y adjudicación de acciones o participaciones, debería contar con la participación del Comité de Auditoría en una forma similar *-mutatis mutandis-* a la fusión, en cuanto a la correcta selección y aplicación de criterios de valoración.

Respecto al informe de los administradores y de los expertos designados por el Registrador Mercantil que, en su caso pueden emitir un informe único, y a la celebración de la Junta General en la que se trata de la escisión, nos remitimos al apartado anterior relativo a la fusión.

*Disolución y liquidación

El proceso de disolución y posterior liquidación de una sociedad anónima está causado por una serie de circunstancias -unas previstas y otras fortuitas- que dan lugar a un acuerdo de disolución que, en algunos de sus supuestos, se tomará por la Junta General convocada y constituida según el artículo 102 TRLSA. De esta obligación se excluyen, según el artículo 262.1 TRLSA, los casos en que la propia Junta decida la disolución, sea consecuencia del término fijado en los estatutos o se derive de un proceso de fusión o escisión total que conlleva su desaparición.

La intervención del Comité de Auditoría en la Junta General en que se trate de la disolución no diferirá significativamente de otras juntas, ni en su fase previa ni en sus intervenciones durante su celebración, siempre dentro de los límites que establece su cuadro competencial.

Una vez abierta la fase de liquidación, tras la disolución de la sociedad, los liquidadores, de acuerdo con el artículo 267 TRLSA, toman la representación de los administradores y asumen las funciones que el artículo 272 TRLSA les confiere a los administradores, por lo que en esta fase, el Comité de

Auditoría, al igual que el Consejo de Administración, quedan desprovistos de sus funciones que se transfieren a los liquidadores.¹²⁷

***Oferta pública de adquisición de valores (OPA)**

La mencionada Ley 6/2007, de reforma de la LMV encuentra su desarrollo reglamentario en lo referente a ofertas públicas de adquisición de valores en el RD 1066/2007, de 27 de julio. En estos preceptos se establece un nuevo régimen de OPAS basado en la igualdad de trato para todos los accionistas y en la suficiencia de tiempo e información para tomar sus decisiones sobre la oferta (Preámbulo de la Ley). Tanto si se trata de ofertas obligatorias, derivadas del alcance de la situación de control de la sociedad afectada, como de ofertas voluntarias, condicionadas o no, que pueden estar sometidas a un proceso de ofertas competidoras, su decisión desencadena una serie de procedimientos y obligaciones tanto en la sociedad oferente como en la sociedad afectada objeto de la oferta, en la que intervienen tanto los órganos societarios (Junta General y Consejo de Administración), como, en su caso, los auditores externos o expertos independientes.

La casuística de situaciones que contemplan la Ley y el Reglamento mencionados no nos permite, dentro de los límites de este trabajo, entrar en su análisis pormenorizado en un intento de definir el rol del Comité de Auditoría en cada una de esas situaciones. Con carácter general, y dentro de nuestra concepción orgánica, el Comité de Auditoría deberá participar en las Juntas Generales de cada sociedad dentro de los límites, procedimientos y contenidos que hemos expuesto más arriba, al igual que debería supervisar aquellos informes preceptivos de administradores en la medida en que incluyan en su contenido aspectos relativos al ámbito competencial del Comité de Auditoría. Asimismo, debería contrastar las informaciones que se requieran a los auditores externos y las valoraciones de expertos independientes que hayan sido requeridos para ello.

¹²⁷ Dejamos de lado las responsabilidades que pueden derivarse del incumplimiento por los administradores de su obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General de disolución, contenidas en el art. 262.5 TRLSA

e) Información a recibir por el Comité de Auditoría

Para un correcto desempeño de sus funciones, el Comité de Auditoría, al igual que sucede con el Consejo de Administración, tiene el derecho y el deber de informarse y le es aplicable el principio recogido en el artículo 127.2 TRLSA: “cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”. El deber de diligencia afecta por igual a todo administrador y, en el caso que nos ocupa, a todos los miembros del Comité de Auditoría, no sólo en su condición de administradores, -que afectará a su actividad como tales en el seno del Consejo- sino como miembros de otro órgano diferente y separado -el Comité de Auditoría- que, estaría sometido a deberes propios semejantes a los que le afectan como consejero.¹²⁸

Este derecho-deber de estar informados de los miembros del Comité de Auditoría puede plantearse tanto como un derecho a recibir determinadas informaciones y documentación procedentes del Consejo, de los ejecutivos,¹²⁹ de los auditores internos o de los auditores externos, sobre las que tiene obligación de emitir opinión, cuanto como la facultad de recabar informaciones o datos complementarios o, incluso, de realizar determinadas pesquisas (“*Duty of inquiry*”) sobre asuntos que, siendo de su incumbencia,

¹²⁸ EL BLUE RIBBON COMMITTEE, “Overview and recommendations”, p.6, indica que: “*Recommendations for the performance of audit committees must be founded in the practices and attitudes of the entire board of directors*”, y posteriormente, p.8, “*Our recommendations, therefore, build on two essentials: first, an audit committee with actual practices and overall performance that reflect the professionalism embodied by the full board, of which it is a part, and second, a legal, regulatory, and self-regulatory framework that emphasizes disclosure and transparency and accountability*”. En su apartado “Guiding Principles for Audit Committees Best Practices” enfatiza la necesidad de un flujo de comunicación independiente entre el Comité de Auditoría y el auditor interno (*Principle 2*) y con los auditores externos (*Principle 3*), estableciendo la auténtica naturaleza de la información, necesaria para que el Comité pueda desarrollar sus funciones, cuando en su *Principle 4* afirma: “*since the audit committee is largely dependent on the information provided to it by the management, the internal auditor, and the outside auditors, it is imperative that the committee cultivate frank dialogue with each...*”

¹²⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría”, op. cit., pp.31 y 32, plantea la importancia de que exista un clima de confianza y entendimiento entre el Comité de Auditoría y los ejecutivos, relación que se suele ver deteriorada por motivos tales como: definición inadecuada de las tareas, falta de comunicación, insuficiente información, supuesta injerencia del Comité en las tareas de gestión, inquietud de la dirección por no estar representados en el Comité donde pueden sentirse criticados, etc.

adolecen de opacidad.¹³⁰ Asimismo, ante determinadas denuncias o planteamientos en los que deba arbitrar, podrá –y deberá– solicitar cuanta información y colaboración considere precisa para esclarecer los hechos o arbitrar justificadamente. Por último, cuando la naturaleza, especialidad o complejidad del tema lo recomiende, el Comité de Auditoría podrá recurrir a la colaboración de asesores externos independientes y capacitados, para lo que deberá contar con disponibilidades financieras suficientes.

***Información periódica e información sobre demanda**

Haciendo abstracción de la información que todo administrador debe recibir como miembro del Consejo, en el caso del Comité de Auditoría se dan una serie de singularidades en cuanto a los proveedores de esa información y a la prelación en el tiempo de la misma.

El Comité de Auditoría recibirá normalmente información de los servicios de auditoría interna –como estructura organizativa dependiente del mismo– de los auditores externos, de los ejecutivos –normalmente los servicios legales y financieros– y del propio Consejo de Administración, en este caso, respecto a los informes de gestión y a los informes de “operaciones especiales” a las que nos hemos referido más arriba. Estos flujos informativos deberán estar regulados en los reglamentos internos y recogidos en los estatutos sociales.¹³¹ La información puede estar soportada en informes elaborados sobre los que el Comité debe emitir opinión o en relaciones más informales como la presencia de ejecutivos o auditores en las reuniones del Comité, o en una parte de las mismas, o ambos.

A su vez, el Comité podrá solicitar cuanta información precise para el correcto cumplimiento de sus obligaciones y funciones, si bien para evitar

¹³⁰ O’KELLY, E., “The Changing Rules of Audit Committees”, en *Directors Monthly*, vol. 27, nº 11, November 2003, indica que “*Committee members need management to help them understand the details of corporate financial performance, reporting processes, and internal control*”; BEAN J.W., “The Audit Committee’s Roadmap”, op. cit., Ex.4, lo plantea en términos de “*conduct or authorise investigations*”

¹³¹ El AUDIT COMMITTEE COMBINED CODE, 1.9, establece “*In particular, the management is under an obligation to ensure the audit committee is kept properly informed, and should take the initiative in supplying information rather than waiting to be asked*”; en el mismo sentido, Informe WINTER, 5, p.71

interferencias o colapsos de determinados servicios, deberá informar de estas peticiones al Presidente del Consejo de Administración, no con carácter de autorización de su solicitud, sino de información para el adecuado funcionamiento y sincronización de los servicios concernidos.

También podrá solicitar la comparecencia en sus reuniones de diversos componentes de la sociedad tales como los auditores internos (dependientes del Comité como hemos visto), responsables de cumplimiento normativo, director financiero, director de los servicios legales, Consejero Delegado, Presidente o auditores externos, al margen de los contactos, más o menos informales y más o menos frecuentes, que pueda mantener con cada uno de ellos, en particular, con estos últimos.¹³²

El “management” deberá informar al Comité de Auditoría sobre los métodos contables utilizados en operaciones inusuales o significativas cuando haya varias alternativas contables a utilizar para que el Comité, de acuerdo con los auditores, pueda considerar si el método utilizado es el apropiado.¹³³

Del mismo modo, deberá manifestarse, previa información de los métodos contables aplicados, respecto a los estados financieros y considerar si la compañía ha aplicado las políticas contables y las estimaciones adecuadas en su elaboración, además de la documentación que los acompaña. En concreto, revisará los sistemas de seguimiento y medición de riesgos y las informaciones sobre el gobierno corporativo y el cumplimiento normativo, para lo que deberá recibir la información necesaria para su correcta evaluación.

En resumen, el Comité de Auditoría habrá de recibir cuanta información y documentación sea necesaria para evaluar o emitir opinión sobre: a) los estados financieros, informe de gestión, memoria y documentación que acompaña a la rendición de cuentas, así como las demás comunicaciones a reguladores o al mercado; b) las declaraciones sobre el gobierno corporativo,

¹³² AUDIT COMMITTEE COMBINED CODE, 3.6

¹³³ Ibid., 5.2

en particular las contenidas en su informe anual; c) los informes de auditores externos; d) el seguimiento, medición y gestión de los riesgos de toda naturaleza; e) informes y valoraciones de administradores y expertos relacionados con lo que hemos denominado “operaciones especiales”; y, f) cualquier otra declaración que requiera decisión del Consejo y se relacione con sus funciones.¹³⁴

En lo referente a la actividad de la auditoría interna en su función de supervisión del control interno, cabe pensar que su “dependencia jerárquica” del Comité de Auditoría, permitirá, por parte de éste, un seguimiento fluido de sus actividades y conclusiones, así como de la implantación y seguimiento de las recomendaciones de auditores externos o de la propia auditoría interna y, en su caso, las causas de su no aplicación.

El Comité de Auditoría deberá contar con medios financieros debidamente presupuestados, para que, en caso de que lo considerase necesario, pueda recurrir al apoyo de expertos ajenos a la sociedad.¹³⁵ Caso de exceder el presupuesto establecido previamente, debería someter al Consejo la correspondiente autorización de un presupuesto adicional o del desembolso específico requerido para una consulta concreta. En cualquier caso, y a efectos de la necesaria sincronización en el seno de la sociedad, sería altamente recomendable que cualquier recurso a terceros fuera previamente comunicado a efectos informativos al Presidente del Consejo de Administración.

El Comité deberá procurarse información adecuada sobre cambios legales o reglamentarios en los diversos ámbitos en los que actúa la sociedad, y analizar las implicaciones que puede conllevar para el desarrollo de su función de supervisión.¹³⁶

¹³⁴ Ibid., 5.4

¹³⁵ Ibid., 1.11 y 3.14

¹³⁶ En esta labor informativa tendrá que jugar un papel decisivo el Secretario del Consejo, sobre todo si, a su vez, es el Secretario del Comité.; Para una visión de las funciones del Secretario General y, en particular, su función informativa y documental, vid FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Secretario del Consejo de Administración”, op. cit., pp.273-304

*Denuncias anónimas

Es frecuente la recomendación de que el Comité de Auditoría establezca un sistema de denuncias que garanticen el anonimato del denunciante (“*whistleblowing*”) y que le permitan conocer anomalías en temas relacionados con la contabilidad, cambios injustificados de sistemas o cualquier otra práctica que se salga de los estándares internos o externos establecidos, debilidades o fallos del control interno, etc.¹³⁷ Todos los empleados de la sociedad deben tener acceso a un sistema eficiente de comunicación que permita hacer llegar al Comité esas denuncias sin riesgo de que su identidad sea desvelada.¹³⁸ El Comité de Auditoría, receptor de esas denuncias, deberá evaluar su naturaleza e importancia y, eventualmente, contrastar criterio con otras áreas tales como cumplimiento normativo o servicios legales, antes de poner en marcha los procedimientos que permitan clarificar la situación denunciada.¹³⁹

Estas denuncias individuales y anónimas son distintas de las que proceden de aquellas unidades que, por su función de contrastar la realidad con los principios legales y normativos, están obligadas a desvelar el resultado de sus indagaciones.

¹³⁷ CLEAR, GOTTLIEB, STEEN & HAMILTON, *The Sarbanes-Oxley Act...*, op. cit., p.68

¹³⁸ En relación con alguna postura crítica de la iniciativa de este tipo de denuncia, vid. GIBEAUT, J., “Culture Clash” (Other Countries Don’t Embrace Sarbanes or America’s Reverence of Whistle-Blowers), en *ABA Journal*, may 2006, pp.10 ss.

¹³⁹ AUDIT COMMITTEE COMBINED CODE, 5.9; SARBANES-OXLEY ACT OF 2002, sec. 301.4-A y B, modificando la section 10 A de la Securities Exchange Act of 1934, recoge las funciones del Comité de Auditoría no sólo como destinatario de quejas relativas a asuntos de control interno, sino de la “*confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters*”; posteriormente, NYSE y NASDAQ han hecho propuestas concretas a la SEC sobre procedimientos de recepción y tratamiento de estas denuncias. En principio la SEC (“*Standard Relating To Listed Company Audit Committees*” feb. 2003, p.5), establece que “*each audit committee must establish procedures for the receipt, retention and treatment of complaints regarding accounting, internal accounting controls or auditing matters, including procedures for the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters*”; PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Audit Committees...*, op. cit., p.34; TORRENT, A., y otros, “Comités de Auditoría”, op. cit., pp.1672 ss.

C) Funciones relacionadas con los auditores externos

Las cuentas anuales y el informe de gestión, entre otros documentos de las sociedades cotizadas, deben ser revisados por auditores de cuentas nombrados, en general, por la Junta General, o, en determinadas circunstancias, por el Registrador Mercantil o el Juez de Primera Instancia (arts. 203 a 206 TRLSA).

Estamos ante un órgano externo de la sociedad que simultanea su naturaleza orgánica con la relación contractual de arrendamiento de obra que vincula a sus titulares. En esta relación contractual entre el auditor externo y la sociedad, el Comité de Auditoría será, en general, el interlocutor por parte de la sociedad para cualquier aspecto relacionado con la prestación de sus servicios como auditor.¹⁴⁰

a) *Nombramiento de auditores*

De acuerdo con el artículo 204 TRLSA, los auditores “serán nombrados por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar...”. Si la Junta no nombrara auditores en el mencionado plazo, o nombrado, el designado no aceptase o no pudiese cumplir con sus funciones, los administradores, el comisario del sindicato de obligacionistas o cualquier accionista podrán solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor (arts. 205 TRLSA y 350 RRM). Las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor y los administradores podrán, alegando justa causa, pedir al Juez de Primera Instancia del domicilio social la revocación del designado por la Junta o por el Registrador Mercantil, y el nombramiento de otro auditor (art. 206 TRLSA). A su vez, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en su artículo 47.2, que añade a la LMV una

¹⁴⁰ O’KELLY, E., “The Changing Roles...”, op. cit., p.3, “*The external auditor works with management but for the audit committee, the latter being directly responsible for the appointment, compensation, and oversight of the audits firm’s work [...] The audit committee should clearly set the expectation – with management and external auditor – that the auditor reports to them*”; COX, D. J., “The Oligopolistic Gatekeeper: The US Accounting Profession”, en AAVV., ARMOUR, J. y McCAHERY, J. A. (Ed.), *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Hart. Pub., Oxford and Portland, 2006, pp.320 y 321

disposición adicional decimoctava sobre el Comité de Auditoría, plantea entre sus competencias la “propuesta al Consejo de Administración para su sometimiento a la Junta General de Accionistas del nombramiento de los auditores de cuentas externos...”, con los problemas competenciales y de responsabilidad que plantea este procedimiento.

Una vez asumida la condición de órgano separado del Comité de Auditoría, nos parece más indicado y pragmático que la obligación de la designación de auditores recaiga sobre este órgano,¹⁴¹ con posterior información al Consejo de Administración y a la Junta General.¹⁴² En este caso, y como consecuencia natural, sería el Comité quien, si mediase justa causa, podría revocar a los auditores, tal como la ley (art. 204.3 TRLSA) prevé hoy que pueda hacer la Junta.¹⁴³

Esta propuesta es coherente con la función de evaluar la independencia y competencia técnica del auditor externo que, con carácter general tiene

¹⁴¹ BUSINESS ROUNDTABLE, *Principles of Corporate Governance*, Washington, 2005, p.18, establece como función del Comité de Auditoría “*Retaining the auditor and approving in advance the terms of the annual audit engagement*”

¹⁴² HOPT, K. J., “Modern Company...”, op. cit., p.470, “*In view of the independence question mentioned above, the European rule on the auditing Committee and the independence requirement for it should also reserve the decisions on the appointment and the remuneration of the auditors of the company to the auditing committee*”; Vid. también Código Alemán de Gobierno Corporativo, 5.3.2; DAVIS, P., “Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community”, en AAVV, HOPT, K. y otros (Ed.) pp. 434-436, considera que el nombramiento por la Junta General no añade un control efectivo por parte de los accionistas respecto a las relaciones auditor/sociedad y que, por otra parte, el encargo de trabajos “*non-audit*” no debe ser aprobado por la Junta, lo cual agrava el problema, por lo que se inclina por el control riguroso del Comité de Auditoría, sin llegar a dar el paso de que sea éste el órgano que los nombre

¹⁴³ En contra de esta solución se manifiesta MARCOS, F., “La auditoría de cuentas en el Derecho Federal norteamericano. (Especial consideración del problema de falta de independencia del auditor)”, en RDM, nº 233, en.-mar. 1997, p.204, donde plantea “*en qué medida la utilización de los comités de auditoría altera el sistema de nombramiento y revocación de los auditores y, por ende, en qué medida favorece la independencia y la objetividad*” (por contraste con el sistema americano donde de hecho es el Consejo quien nombra a los auditores). Para el autor, la designación de los auditores por el Comité de Auditoría es una solución “de alcance limitado”, inclinándose por considerar más acertadas “*aquellas opiniones que, acudiendo al Derecho comparado, consideran que la mejor manera de prevenir los eventuales peligros que para la independencia suscita el vigente sistema [en USA] es trasladar la competencia para el nombramiento y la revocación de los auditores de cuentas de la sociedad a la junta general de accionistas*”, adjudicando al Comité de Auditoría funciones similares a las que la ley española le confiere (iniciativa de propuesta). Este proceso largo y poco eficiente añade muy poco valor en la decisión ya que su auténtico valor radica en la experiencia e independencia de los miembros del Comité de Auditoría. El resto, es puro procedimiento.

adjudicada el Comité de Auditoría. De hecho, será el Comité quien acumule conocimiento y experiencia, tanto en el terreno general como en las prestaciones de los auditores nombrados, como para apreciar la existencia de una justa causa de revocación. Por el contrario, la Junta es el órgano más alejado de la realidad cotidiana de la actividad de los auditores y el menos capacitado para valorar causas originales o sobrevenidas que justifiquen la revocación que, en todo caso, será a instancias de administradores o del Comité de Auditoría.

El hecho de ser el Comité el órgano responsable de la contratación, seguimiento y eventual revocación del auditor externo, facilitará sobremanera sus relaciones con él, en la medida en que el auditor entenderá que el Comité representa el órgano válido, con poder de decisión y con autonomía suficiente¹⁴⁴ -respecto a los accionistas y a los gestores- para establecer el nivel de sus propias relaciones sin tener que ser ratificado por ningún otro órgano.

La fijación de condiciones, alcance, remuneración, etc. de su trabajo le permite -y le exige- al Comité un seguimiento preciso del cumplimiento de las condiciones pactadas. Igualmente, será el Comité de Auditoría quien más capacitado esté para valorar y autorizar o denegar la prestación de servicios de asesoramiento o consultoría por los propios auditores, en función de la incidencia que el Comité estime pueda representar en su independencia como auditores de la firma.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Vid. COFFEE Jr., J. C., "A Theory of Corporate Scandals. Why the US and Europe Differ", en AAVV., ARMOUR, J. y McCAHERY, J. A. (Ed.), *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulations in Europe and the US*, Oxford and Portland, 2006, pp.229 y 230, "The existence of a controlling shareholder necessarily affects auditor independence", e incluso, aunque reporten al Comité de Auditoría, al ser parte del Consejo o emanar de él, estará sometido a la misma presión. En este sentido, la separación orgánica que propugnamos facilitaría el ejercicio independiente de su función

¹⁴⁵ GARCÍA BENAÚ, M. A. y PUCHETA MARTÍNEZ, M. C. "Los comités de auditoría y la información financiera de las empresas", en *Partida Doble*, nº 134, jun. 2002, p.26, en relación con la práctica del "opinion shopping" de los ejecutivos a la búsqueda de auditores complacientes que atenta de forma radical a la independencia del auditor y que podría desaparecer si el Comité de Auditoría nombrase directamente al auditor.

En la mayoría de los códigos e informes de gobierno corporativo que se refieren al Comité de Auditoría se pone énfasis en la función de seguimiento y valoración de la independencia del auditor externo¹⁴⁶, pero salvo al Ley SARBANES-OXLEY,¹⁴⁷ ninguno llega a adjudicar al Comité de Auditoría el nombramiento de auditores.¹⁴⁸ Hemos de entender que la actual concepción del Comité de Auditoría como una parte del Consejo sin funciones delegadas es totalmente coherente con la adjudicación al Comité del papel de “proponer”, más que de decidir, y supervisar en nombre del Consejo sin mayor autonomía de funciones. En cambio, si partimos de su concepción como órgano separado con funciones propias, la adscripción de este papel - el de nombrar auditores- resulta “natural” ya que, como hemos dicho, el órgano más capacitado para tratar (en el sentido más amplio de la palabra) con los auditores externos es el Comité de Auditoría.

La designación de auditores implica una serie de labores y acuerdos previos a la firma del contrato que van desde la selección y apreciación de

¹⁴⁶ El BLUE RIBBON COMMITTEE, Rec. 6, es ambiguo en este sentido cuando indica que “*the outside auditor is ultimately accountable to the board of directors and the audit committee, as representative have the ultimate authority and responsibility to select, and, when appropriate, replace the outside auditor*”; el AUDIT COMMITTEE COMBINED CODE, 5.15, establece que el Comité de Auditoría tendrá “*primary responsibility*” para recomendar la contratación, renovación o revocación de los auditores externos al Consejo de Administración para su aprobación por la Junta General; la Ley SARBANES-OXLEY DE 2002, es más precisa cuando en la Section 301, reglamento que el Comité de Auditoría - en su capacidad como comité del Consejo - “*shall be directly responsible for the appointment, compensation, and oversight of the work of any registered public accounting firm employed by the issuer...*”; PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Audit committees...*, op. cit., 4.19, p.15; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, op. cit., p.750; del mismo autor, “*Líneas generales...*”, op. cit., pp.205 y 206; Informe WINTER, p.70; Informe HAMPEL, 2.21; LÓPEZ COMBARROS, J. L., “El gobierno de la empresa en España...”, op. cit., pp.178 ss; Informe OLIVENCIA ap. 11.1.a; ALI, Principles, cec. 3a.03; CNMV, *Reglamento Tipo*, art. 16.2; GARCÍA BENAÚ, M. A., Asepuc, IV Jornada, op. cit., p.108; TORRENT, A., y otros, “Comités de auditoría”, op. cit., pp.1672 ss; COX, J. D., “The Oligopolistic Gatekeeper...”, op. cit., p.316 ss, evidencia la dificultad de que el propio cliente sea quien valore la independencia del auditor cuya complacencia busca en muchos casos. De ahí la importancia del control externo del PCAOB y la eliminación del Financial Accounting Standards Board (FASB) -organismo de carácter privado- de su facultad como autoridad para establecer las GAAP, poder que es transferido a la SEC; DAVIS, P., (2006), “Enron and Corporate Governance...”, op. cit., p.436

¹⁴⁷ Más claro que la Ley Sarbanes-Oxley se manifiesta la Propuesta de la SEC *Standards Relating...*, op. cit., p.4, en la que se habla de “implementar” la Section 10.A (m) de la *Exchange Act*, de acuerdo con la Sec. 301 de la SOA, donde se establece que “*The audit committee of each issuer shall be directly responsible for the appointment, ...*” (*supra*, nota precedente)

¹⁴⁸ Vid CROSLEY, G., “Selling to Audit Committees”, en *Journal of Accountancy*, feb. 2005, sobre la participación e independencia del Comité en la designación de auditores

capacidades técnicas de cada firma de auditoría, negociación de las condiciones económicas, alcance, proceso de seguimiento, información a suministrar y recibir, conciliación de discrepancias, prestación de servicios de consultoría, incompatibilidades sobrevenidas, renuncia unilateral, emisión del informe, etc.

b) *Valoración de la independencia y capacidad del auditor externo*

Dos son las condiciones necesarias para que el auditor cumpla con su misión de elaborar un informe de auditoría basado en las comprobaciones e indagaciones propias de su profesión: la capacidad técnica y material para desarrollar el trabajo que requiere la elaboración del informe, y la independencia de criterio que le permita emitir opinión¹⁴⁹ libre de cualquier presión o condicionante que, directa o indirectamente, pueda tratar de violentarla.¹⁵⁰

Cuando hablamos de la independencia del auditor, nos encontramos con dificultades muy similares a las planteadas al tratar del consejero independiente. Sin embargo, en el auditor no es un mero calificativo, sino que constituye el elemento sustancial de su razón de ser, su propia esencia, de ahí la importancia de definir, medir y acotar el concepto. El COMBINED CODE (5.13) recurre a criterios similares a los manejados en relación al consejero independiente al referirse a ausencia de relaciones financiera, familiares o de negocios entre el auditor y la sociedad o sus representantes. La LAC (art. 8) plantea que no sólo se ha de ser independiente, sino, además, parecerlo. Dada la trascendencia de los criterios de independencia se ha tratado de objetivarlos, dejando que sea el ICAC el organismo encargado de

¹⁴⁹ Vid. HARDMAN, R. K., "Making Audit Committees More Effective", Speech Tulane Corp Law Institute, New Orleans, March 7, 2002,, pp.3 y 4; BEAN, J. W., "The Audit Committee's Roadmap...", op. cit., Ex.4

¹⁵⁰ Nos parece interesante la propuesta de FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "Reflexiones acerca del papel de los controles externos sobre el gobierno corporativo de la sociedad cotizada y el derecho preventivo de las crisis empresariales", en AAVV., *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Ed. M. Pons, Madrid, 2006, p.125, donde propone una reforma de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, por la que el ICAC viniera obligado a comunicar a los Consejos de Administración las sanciones que hubiese impuesto a los auditores y sus razones, con especificación de si la resolución sancionatoria es firme o no.

velar por la independencia y valorar en cada trabajo concreto la posibles faltas del auditor a ese respecto (art. 8.2 LAC).

La Ley de Auditoría de Cuentas se refiere a una serie de situaciones en las que, “en cualquier caso”, se considerará que el auditor no goza de la suficiente independencia. Como puede deducirse del propio texto de la enumeración y de su misma naturaleza, no debemos considerarla como exhaustiva y debemos interpretar que tiene carácter de mínimos, si bien, fuera de esta lista (“en cualquier caso”) habrá que valorar y ponderar las circunstancias de cada caso.

De acuerdo con la mencionada norma no se considerará independiente al auditor: (a) cuando ostente cargos directivos, de administración de empleo o de supervisión interna en la sociedad auditada o en otra vinculada directa o indirectamente con aquélla. En todo caso, se incluye la sociedad que posea, directa o indirectamente, más del 20% de los derechos de voto de la sociedad auditada o en la que la auditada posea, directa o indirectamente, más del 20% de los derechos de voto; (b) tener interés financiero directo o indirecto con la sociedad auditada, en el segundo caso, siempre que sea significativo; (c) tener vínculos familiares de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado con los empresarios, los administradores y los responsables del área económico-financiera de la sociedad auditada; (d) la llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada; (e) la prestación al cliente de determinados servicios de diseño y tecnología de la información para el suministro de los datos a integrarse en los estados financieros (salvo asunción de responsabilidad por parte del cliente), de servicios de evaluación de cantidades significativas en sus estados financieros que conlleven un elevado grado de subjetividad, o de servicios de auditoría interna, salvo que el órgano de gestión sea responsable del sistema global de control; (f) el mantenimiento de relaciones empresariales con la sociedad auditada, a menos que sean las normales de su actividad empresarial y no sean significativas; (g) prestación por parte de la firma de auditoría de servicios de abogacía para ese cliente o para terceros que lo hubiesen sido en los tres años precedentes, salvo que se presten por persona jurídica distinta y con Consejos de Administración diferentes; (h) la

participación del auditor en la selección de altos ejecutivos o personal clave para la firma auditada; (i) la prestación por el socio firmante del informe de servicios diferentes al de auditoría; (j) la percepción de honorarios derivados de la prestación de los servicios de auditoría y distintos de del de auditoría a un mismo cliente, cuando éstos representen un porcentaje indebidamente elevado de los ingresos totales del auditor en relación a la media de los cinco últimos años.¹⁵¹

Sea cual fuere el conjunto de de referencias objetivas de presunción de no independencia del auditor, el Comité de Auditoría deberá someter a escrutinio y seguimiento la ausencia de esas u otras circunstancias no mencionadas en la ley que, caso de darse, justificarían la denuncia al ICAC y, en última instancia, la revocación del contrato de auditoría. Como vemos, la falta de independencia del auditor, a diferencia de lo que ocurre con el consejero independiente, acarrea graves consecuencias para él ya que es causa de revocación por parte de la sociedad auditada o del propio ICAC.¹⁵² Por lo que se refiere al desistimiento unilateral se requiere una disposición legal que lo autorice, lo que hace que, a la luz del artículo 204.3TRLSA, excluye la posibilidad de desistimiento unilateral por parte de la sociedad.¹⁵³

La exigencia de justa causa (por cierto, no mencionada ni en la LAC ni en el RAC) es a la vez una forma de proteger la independencia del auditor y una causa de la terminación de la relación contractual cuando dicha independencia se vea afectada por circunstancias que la minimicen o anulen.

¹⁵¹ La Sarbanes-Oxley Act of 2002 recoge en sus secciones 201 y 202 criterios de independencia y actividades prohibidas a los auditores por considerarlas incompatibles con los criterios de independencia, haciendo especial hincapié en la prestación de servicios “*non-audit*” y la necesidad de aprobación previa por parte del Comité de Auditoría; El artículo 24 de la VIII Directiva de la CEE establece la condición de independencia para la actividad del auditor pero deja al Derecho de los estados miembros el control de la misma sin establecer pautas homogéneas para su calificación.

¹⁵² Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La revocación del auditor de cuentas en la sociedad anónima”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, T. III, p.3516, sobre la solicitud al ICAC del inicio de un control técnico y sus consecuencias a efectos revocatorios de la auditoría.

¹⁵³ Vid. PACHECO CAÑETE, M., *Régimen legal...*, op. cit., p.212, con cita de la consulta al ICAC, en el BOICAC nº 4, enero 1991; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La revocación...”, op. cit., pp.3502 ss. más que desistimiento habla de la revocación de una relación orgánica, que no contractual, mientras PETIT LAVALL, M. V., *Régimen jurídico...*, op. cit. p.307, se refiere a la resolución de un contrato más que a una revocación.

El artículo 16.2.b LAC considera que el incumplimiento de los principios de independencia del artículo 8.1 y 2 LAC se considerará como infracción muy grave, lo que acarrea las sanciones del artículo 17 LAC, distintas según se trate de una persona física o de una sociedad de auditoría.

c) Aprobación de los servicios de asesoramiento o consultoría ("non-audit") a prestar por el auditor

Uno de los factores que más han afectado a la independencia del auditor en los escándalos empresariales de los últimos años y en muchas situaciones que no han devenido escandalosas, ha sido la prestación por parte de la firma de auditoría de servicios de asesoramiento o consultoría que, en ocasiones, han representado ingresos significativamente mayores que los obtenidos por las labores de auditoría. Esta situación puede relajar peligrosamente la actitud de independencia del auditor con relación a esa sociedad y hacerla más complaciente de lo requerido por las normas de independencia de la profesión.¹⁵⁴ Esta práctica ha podido provocar en el pasado un efecto "*dumping*"¹⁵⁵ en los precios de los servicios de pura auditoría en detrimento de aquellas firmas que carecen de actividades de "*consulting*" o no tienen la reputación de las grandes sociedades internacionales y que se han visto postergadas en el mercado por unas tarifas que "en sí mismas" pueden resultar disuasorias o incompatibles con la amplitud y alcance de determinados trabajos. Es decir, que, además de representar una seria amenaza a la independencia del auditor, la prestación de estos servicios puede jugar como un elemento de competencia desleal en contra de las sociedades de auditoría más puristas o de menor tamaño.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Vid. COX, J. D., "The Oligopolistic Gatekeeper...", op. cit., pp.304 ss.

¹⁵⁵ HOPT, K. J., "Modern Company and Capital Market Problem: Improving European Corporate Governance After Enron", en ARMOUR, J. y McCAHERY, A (Ed.), *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Hart Pub., Oxford and Portland, 2006, p.471 ; DAVIS, P., "Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community", en AAVV, *After Enron. Improving..., op. cit.*, p.430

¹⁵⁶ COX, J. D., "The Oligopolistic Gatekeeper...", op. cit., p.303

Dejando aparte la política de total tolerancia -hoy superada- respecto a la prestación de estos servicios por los auditores que tan mal se compadece con el criterio de independencia y transparencia en su actividad, las medidas legisladas o recomendadas van desde su prohibición hasta su aceptación con condiciones cualitativas y/o cuantitativas.¹⁵⁷

Nosotros nos inclinamos por un planteamiento general prohibitivo, pero susceptible de ser dulcificado mediante la aprobación previa del Comité de Auditoría, siempre que el importe pagado por esos servicios no rebase una cierta cantidad o porcentaje -o ambos- de la cantidad abonada por a sociedad auditada a la firma de auditoría. Para determinados servicios la prohibición debería ser absoluta y no susceptible de autorización por el Comité.

¹⁵⁷ Vid. PETIT LAVALL, M. V., *Régimen jurídico...*, op. cit., pp.231 y 232. en relación con la respuesta del ICAC a una consulta publicada en el BOICAC, nº 5, pp.102 y 103, en una interpretación un tanto laxa de la compatibilidad del ejercicio de la auditoría con la prestación de servicios de asesoría jurídica o fiscal; el artículo 36.3 RAC establece que para apreciar la falta de independencia deberán tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, los "otros trabajos" realizados por el auditor, considerándose que no existe independencia cuando el auditor haya realizado trabajos relativos a la ejecución material de la contabilidad durante los tres años anteriores al ejercicio auditado. En parecidos términos se expresa la Norma Técnica de Auditoría 1.3.6; el Informe CADBURY (5.10 y 5.11) no llega a recomendar la prohibición de la prestación de estos servicios por los auditores, pero está decididamente a favor de la total transparencia de los honorarios pagados al auditor por estos servicios, así como que los comités de auditoría examinen regularmente los honorarios abonados al auditor por actividades distintas a la de auditoría; PWC/DECHERT LLP, *Auditor Independence...*, op. cit., (appendix B) divide estos servicios en : (A) *conditionally prohibited non-audit services* (contabilidad, información de gestión, evaluaciones, "fairness opinions", servicios actuariales, auditoría interna, y (B) *categorically prohibited non-audit services* (funciones de gestión, recursos humanos, operaciones de *broker-dealer*, servicios de banca de inversiones, servicios legales, o cualquier otro servicio calificado por el Consejo como incompatible con la independencia del auditor); el artículo 51 de la Ley Financiera, donde se introducen nuevas incompatibilidades para los auditores de cuentas, recoge varias de estas iniciativas (art. 8 LAC) además de declarar que el ICAC es el organismo encargado de velar por el cumplimiento del deber de independencia. No obstante el artículo ha de interpretarse como no prohibitivo con carácter general, salvo que los ingresos por servicios "no prohibidos" representen un "porcentaje indebidamente elevado" del total de ingresos anuales del auditor. [art. 8.2.1) LAC]; la Ley SARBANES-OXLEY, sec. 201 (g), prohíbe la prestación de "*non-audit services*" por parte del auditor a menos que estén "preaprobados" por el Comité de Auditoría, considerándose ilegales si no cuentan con esa autorización o rebasan el 5% de facturación del auditor con la firma auditada.

En el otro extremo se encuentra el Informe BOUTON (Deuxieme partie, p.19) donde, además de la designación de los *Comisaires aux Comptes*, establece para las sociedades cotizadas el control exclusivo de cuentas debiendo renunciar a cualquier otra actividad de asesoramiento jurídico, fiscal, informático, etc

El Comité de Auditoría, antes de autorizar la prestación de estos servicios por el auditor, habrá de considerar no sólo los parámetros establecidos por la ley, sino también la valoración de las circunstancias del caso concreto, y en particular, la posibilidad de que esos servicios sean prestados por otra firma en condiciones similares de calidad y coste.¹⁵⁸

d) Seguimiento del desarrollo de la auditoría: el informe

No suele ser recomendable esperar a la presentación del informe por los auditores para establecer contacto con ellos. Al contrario, una relación frecuente durante el período en el que se desarrolla la auditoría, permite al Comité conocer los posibles problemas o diferencias que puedan surgir desde su inicio, dando tiempo para su análisis e intermediación con el ejecutivo de la sociedad a la búsqueda de una solución satisfactoria.¹⁵⁹

Por otra parte, el Comité de Auditoría, como interlocutor natural de la sociedad, debe facilitar la conexión con los diversos servicios de la sociedad, dedicando una especial atención a que éstos presten toda la ayuda y colaboración que requiere su función, atiendan las demandas y requerimientos de los auditores, faciliten el acceso a los documentos que consideren necesarios, y reciban oportuna y diligentemente cuanta documentación contable o de gestión soliciten, velando por el estricto cumplimiento del artículo 3 LAC, en el que se establece la obligación de las compañías auditadas “a facilitar cuanta información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas”, obligación que, ese mismo artículo, considera un deber de los auditores (“estarán obligados a requerir

¹⁵⁸ El artículo 3.2 del Reglamento de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento del BBVA establece “la incompatibilidad entre la prestación de servicios de auditoría y de consultoría, salvo que no exista en el mercado de igual valor en contenido, calidad y eficiencia [...] requiriéndose en tal caso la conformidad de la Comisión [de Auditoría y Cumplimiento] que podrá ser anticipada por delegación por su Presidente”.

¹⁵⁹ HERDMAN, R. K., “Making Audit Committees...”, op. cit., p.6, se refiere a las tres preguntas que Warren Buffett suele plantear: 1) *If the auditor were solely responsible for preparation of the company’s financial statements, would they have been prepared in any way different than the manner selected by the management? [...]*; 2) *If the auditor were an investor, would he have received the information essential to a proper understanding of the company’s financial performance during the reporting period?*; 3) *Is the company following the same internal audit procedure that would be followed if the auditor himself were CEO?. If not, what are the differences and why?*

cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas”).

A lo largo del proceso de auditoría, el Comité puede solicitar la presencia del auditor en sus reuniones para informar del desarrollo de la misma y evidenciar, en su caso, las incidencias que hayan podido surgir. Asimismo, puede ser el propio auditor quien, con el mismo objeto, solicite esa presencia en el Comité o pida una reunión con su Presidente.

Sin llegar a esa asistencia formal a las reuniones del Comité, hay que dar por sentado que debe existir un diálogo fluido e informal entre ambos órganos –normalmente entre el auditor jefe y el Presidente del Comité- y que el Comité de Auditoría deberá desplegar una actividad constante en la búsqueda de soluciones a los problemas que se le planteen y a las discrepancias que puedan surgir con los ejecutivos, en evitación de confrontaciones que dificulten la labor del auditor, colapsen ciertos servicios de la empresa o den lugar a reservas en el informe final.¹⁶⁰

Por otra parte, el Comité de Auditoría deberá hacer un seguimiento constante de que, en todo momento, se cumplen las normas de independencia del auditor –además del resto de normas a las que está sometido– y facilite la solución de situaciones subsanables que, normalmente, serán sobrevenidas.¹⁶¹

¹⁶⁰ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Comité de Auditoría”, op. cit., p.1117, plantea que *“Esta tarea de interlocución, sin embargo, no debe ser interpretada como una función de mediación (como quizás dejaba traslucir en algún momento el propio Informe Olivencia al hablar de que la Comisión debería “mediar y arbitrar” en caso de discrepancias entre los auditores y la dirección), pues la auditoría legal, como tarea de revisión sería y responsable de las cuentas anuales de las compañías que debe ser conforme a criterios contables establecidos legalmente o generalmente aceptados, no puede ser sometida a negociación”*. Entendemos, por nuestra parte, que siendo correcta esta afirmación, no se trata de entrar en un “trade off” o componenda, sino de la necesaria interpretación consensuada de principios y normas contables que, pese a su deseo de concreción, admite interpretaciones diversas

¹⁶¹ PWC, *Audit Committees...*, op. cit., pp.15, 35 ss., recomienda que las comunicaciones frecuentes con los auditores se concentren, como mínimo, en los siguientes aspectos: (a) servicio (cualificación, independencia, eficacia); (b) riesgos y su seguimiento y cuantificación; (c) información financiera (principios de contabilidad, transparencia y calidad general de los informes financieros); y, (d) asuntos de gobierno corporativo que los auditores crean necesario informar al Comité.

D) Funciones relacionadas con la auditoría interna

Al tratar de la estructura y funcionamiento del Comité de Auditoría – una de cuyas funciones primordiales es supervisar el correcto funcionamiento de los controles interno dispersos por la estructura de la organización, en orden a vigilar, detectar, medir y controlar la existencia de riesgos de cualquier naturaleza de la empresa- hemos justificado la razón para incluir los servicios de auditoría interna en la línea de dependencia jerárquica y funcional del mismo,¹⁶² y lo que ello supone de introducir en un órgano puramente supervisor una dosis –por mínima que sea- de gestión y administración de esos medios que, a su vez, exige una adecuada coordinación con las distintas políticas establecidas por el Consejo.

Al margen de esta función de pura administración de medios empresariales, el Comité deberá aprobar los planes anuales de auditoría interna, hacer un minucioso seguimiento de su desarrollo,¹⁶³ aprobar los cambios que sean recomendables a lo largo del ejercicio en función de circunstancias o “*findings*”,¹⁶⁴ facilitar la coordinación y sinergias con la labor de los auditores externos, controlar la implantación de medidas o recomendaciones y, en su caso, la justificación de su incumplimiento y

¹⁶² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F. “Los Comités de Auditoría...”, op. cit., p.29, en apoyo de esta dependencia; MARCHETTI, P., “*Corporate Governance* e disciplina societaria vigente”, en *Riv. delle Società*, 1996, p.422, refiriéndose a la estructura del control interno propugna que “*gli incaricati del controllo interno non abbiano vincoli gerarchici con i vertici del management ma, come si suol dire, debbano riferire “direttamente” al consiglio di amministrazione e, per esso, al comitato di cui dirò subito* [comité interno del consejo encargado de la supervisión del control interno]”

¹⁶³ BUSINESS ROUNDTABLE, *Principles...*, op. cit., p.20, “*The audit committee should understand the corporation’s risk profile and oversee its risk assessment and risk management practices*”

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría...”, op. cit., p. 29

encargar las pesquisas e investigaciones que recomienden las denuncias anónimas o los indicios de irregularidades.¹⁶⁵

La integración de la auditoría interna en la línea de dependencia descrita facilita las comunicaciones ascendentes y descendentes sin que, necesariamente, haya que recurrir a la asistencia formal a las reuniones del Comité de Auditoría –por otra parte, muy recomendables– para asegurar una fluida información mutua.¹⁶⁶ Los informes que se elaboren a raíz de cada “acción” de los auditores internos deberán discutirse en el seno del Comité. El Presidente deberá informar al Presidente del Consejo de los mismos, sobre todo si se detectan anomalías o debilidades de control interno que recomienden algún tipo de intervención. Asimismo, el Comité, a través de la auditoría interna, deberá ejercer un seguimiento de la implantación y funcionamiento de las medidas correctoras aprobadas y de sus efectos.

A su vez, el Comité debe velar por el libre acceso de los auditores internos a cuanta documentación o información puedan requerir para el correcto ejercicio de sus funciones y la compatibilidad con el adecuado funcionamiento de los servicios concernidos.

En el supuesto de que la sociedad no contara con el servicio de auditoría interna, el Comité de Auditoría deberá sopesar la conveniencia de su implantación y, en función de las circunstancias, la propuesta al Consejo para que decida en ese sentido.

El Comité deberá evaluar la calidad del trabajo de la auditoría interna, su grado de objetividad y su capacidad técnica para hacer frente a los retos que las nuevas tecnologías y la sofisticación de productos financieros plantean. Igualmente, deberá implantar un sistema de formación continua y

¹⁶⁵ BEAN, J. W., “The Audit Committee’s Roadmap...”, op. cit., Ex.4; BENNETT, R.S., KRIEGEL, A., RAUH, C. S. y WALKER, C. F., “Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era”, en *The Business Lawyer*, 62,1, Nov. 2006, p.61

¹⁶⁶ PWC, *Audit Committees...*, op. cit., p.42, define la labor de la auditoría interna como “*assists the audit committee in meeting its responsibilities, particularly in the areas of internal control and internal investigations*”

de actualización de conocimientos de los auditores que tratará de hacer extensivo, a su vez, a los propios miembros del Comité.¹⁶⁷

Auditoría interna desarrollará un trabajo de evaluación y calificación de los sistemas y metodología de medición y seguimiento de los riesgos de la sociedad (incluido el riesgo “operacional” tan *à la mode* en el sector financiero después del Basilea II), así como el correcto funcionamiento de las alarmas establecidas y la calidad de la información a suministrar a los responsables de la decisión sobre ellos.¹⁶⁸

Especial atención se le exigirá a la auditoría interna en el desarrollo de su actividad en las sociedades filiales o vinculadas que consoliden sus datos con la sociedad principal, de forma que se asegure que los controles o estándares de supervisión son similares para todo el grupo, máxime si se tiene en cuenta que, con frecuencia, las sociedades filiales realizan funciones de mayor complejidad y sofisticación financiera.

¹⁶⁷ En algunos mercados, particularmente en USA, hay sociedades que hacen uso de los servicios de terceros ajenos a la empresa –diferentes de los auditores externos- para desarrollar las funciones de la auditoría interna (“*outsourcing*”), buscando tanto la independencia como la tecnología más avanzada del mercado. (Vid. PWC, *Audit Committees...*, op. cit., p.43). Si este fuese el caso, el tercero contratado deberá estar sometido a los planes anuales del Comité y a la disciplina que éste señale, quien será su referencia y contacto a todos los efectos; Vid. Resolución del ICAC de 26 de septiembre de 2002 (BOIAC nº 51, de septiembre de 2002), por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre Consideración del Trabajo realizado por la Auditoría Interna

¹⁶⁸ Nos parece importante insistir en que los riesgos son “materia prima” de la gestión empresarial y, por ende, deberán ser los gestores del negocio quienes decidan los niveles y naturaleza de los mismos. El papel del servicio de auditoría interna, y del Comité de Auditoría, se centrará exclusivamente en la evaluación de su correcto control y de la calidad de la información suministrada; GONZALO ANGULO, J. A., “Información contable...”, op. cit., p.38, considera que “*El Comité de Auditoría se configura así como un auténtico guardián de la eficacia del control interno*”, si bien lo ubica bajo la dependencia del director financiero o del director general como un órgano de apoyo o control del cumplimiento de las normas de comportamiento establecidas; no compartimos por ello la posición de GARCÍA BENAÚ, M. A., “Los comités de auditoría...”, op. cit., p.21, donde entre las funciones que se le atribuye al Comité de Auditoría figura “*revisar la política de gestión establecida por la dirección, detectando cualquier posibilidad de irregularidades o fraude en que pudiera estar implicada ésta*”. Sin embargo, echamos en falta una referencia explícita al seguimiento y control de los riesgos de diversa naturaleza en los que incurre la sociedad en sus operaciones; CULP, L., “Credit Risk Management Lessons from Enron”, en CULP, L. y NISKANEN, W. A. (Ed.), *Corporate Aftershock*, J. Wiley & Sons, Hoboken, N. J., 2003, pp.211 ss.

Dentro de las actividades que, por su propia naturaleza, requieren especial atención en cuanto a los controles de su correcta actividad, hemos de resaltar la de intervención y los sistemas de “*front office*” y “*back office*” de las operaciones de mercado (financiero, bursátil, de *comodities*, etc), tanto propias de la empresa (“*proprietary trading*”) como las que pueda realizar por cuenta de su clientela, y de su correcta contabilización, sea en el balance o en las cuentas de orden (“*off-balance sheet*”), así como los criterios de regularización de estas partidas y su adecuada aplicación.¹⁶⁹

Aunque los trabajos de auditoría interna son de diferente naturaleza a los de los auditores externos, puede ser de gran utilidad, en determinadas circunstancias, un intercambio de información y experiencias, de irregularidades o anomalías detectadas o de deficiencias de funcionamiento de determinados servicios que pueden provocar riesgos adicionales. El Comité de Auditoría es el órgano indicado para evaluar la conveniencia de este intercambio de información sin que ello menoscabe ni condicione la independencia del auditor externo y será su función facilitar estas sinergias y velar por el respeto riguroso del principio de independencia.¹⁷⁰

E) Funciones relacionadas con el gobierno corporativo y con el cumplimiento normativo

La sociedad anónima cotizada debe informar, tanto a través de su página Web como en el informe anual de gobierno corporativo, no sólo la estructura de capital, Consejo, etc., sino también la adecuación de su operativa a las normas y principios del gobierno corporativo (art. 116 LMV).

¹⁶⁹ La importancia de estas operaciones se puede calcular teniendo en cuenta que para muchas entidades, especialmente del sector financiero, el volumen de partidas contabilizadas en cuentas de orden es mayor que el conjunto del balance y que en ocasiones, como fue el caso del banco inglés Barings, los riesgos acumulados en esas actividades en el mercado de futuros desde su sucursal de Singapoore, condujo a la entidad a la quiebra. Se habían rebasado todos los límites de riesgo establecidos en su central de riesgos de Londres, pero ni los sistemas de control ni la incorrecta supervisión detectaron tan flagrantes anomalías.

¹⁷⁰ BEAN, J. W., “The Audit Committee’s Roadmap...”, op. cit., Ex.4, plantea la conveniencia de coordinar las actividades de auditoría externa y auditoría interna, siendo el Comité de Auditoría el órgano que puede llevar a cabo esta función de forma óptima.

La información que la sociedad comunique sobre el cumplimiento de los principios y normas de cualquier naturaleza, incluidos los del gobierno corporativo, deben estar refrendados por el Comité de Auditoría, al igual que ocurre con informaciones de naturaleza financiera y de gestión que la sociedad suministra al mercado o a los reguladores.¹⁷¹ El Comité, como órgano compuesto de miembros independientes, podrá ratificar la información societaria o introducir matices o diferencias respecto a la apreciación del nivel de cumplimiento de esos principios o normas.¹⁷² En la evaluación que el Comité haga sobre este particular, deberá extremar la diligencia y esmero ya que se trata, en general, de juicios cualitativo de situaciones de no fácil aprehensión y frecuentemente respaldada por el respeto “formal” de la letra de la norma, cuando no siempre de su espíritu.

En muchos casos, las opiniones del Comité podrán generar tensiones con el resto de los administradores –especialmente con los ejecutivos– y exigirá, tanto una clarificación de los requisitos “reales” a cumplir, como una auténtica voluntad de hacerlo por los afectados, con aceptación de los planes correctores caso de que se den desviaciones del modelo establecido. Para tan delicada labor, el Comité de Auditoría deberá contar, además de con la colaboración de la auditoría interna, con el apoyo de los servicios legales, la secretaría del Consejo y los propios miembros de éste, en particular de su Presidente.

Sólo la existencia de una decidida voluntad por parte de los administradores de cumplir rigurosamente el fondo y la forma de las orientaciones del gobierno corporativo, hará posible una actuación eficaz del Comité de Auditoría en este sentido. En caso contrario, no será más que una fuente de desavenencias y disensiones.

¹⁷¹ Ibid., establece como función del Comité de Auditoría “*review legal and regulatory matters that may have a material effect on the organisation’s financial statements...*”

¹⁷² Esta función puede estar desgajada e incorporada a otros comités como el de Gobierno Corporativo; Vid. BUSINESS ROUNDTABLE, *The Nominating Process and Corporate Governance Committees (Principles and Commentary)*, Washington, April 2004, cuyo Principio nº 1 define con claridad la naturaleza y funciones de este Comité

El Comité de Auditoría, dentro de su función consultiva, deberá estar en disposición de evacuar cuantas consultas se le planteen por otros órganos de la sociedad sobre el gobierno corporativo y emitir opinión, a instancias del Consejo, sobre posibles situaciones de conflicto de intereses entre un administrador y la sociedad que puedan dar lugar a responsabilidad.

Nos parece más adecuado que sea el Comité de Auditoría quien evalúe estas situaciones de eventual conflicto de intereses y no el Consejo -o su Presidente-, donde el peso de los ejecutivos o dominicales puede introducir importantes sesgos en su decisión. La independencia con la que debe actuar el Comité de Auditoría, su papel de defensor de la ortodoxia y respeto de las normas de gobierno corporativo, y el hecho de ser un órgano separado del Consejo, le confieren mayores probabilidades de objetividad y acierto en la valoración de las situaciones de conflicto de interés.¹⁷³

F) Otras funciones del Comité de Auditoría

a) *Funciones delegadas*

El hecho de considerar al Comité de Auditoría como un órgano separado del Consejo de Administración no debería impedir que éste pudiera delegar en él determinadas funciones y actividades vinculadas con su naturaleza de órgano de supervisión de temas contables, de riesgos o de cumplimiento normativo que por ley no le hubiesen sido atribuidas.¹⁷⁴

¹⁷³ PORTELLANO DÍEZ, P. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp.81 ss., al tratar de la “dispensa” y de quién debe ser el encargado de concederla, se inclina por la junta de socios, basándose en el hecho de que la modificación de la relación sociedad-administrador rebasa los límites de las facultades de administración. Además, desde un punto de vista práctico, plantea que “*quienes postulan la competencia de los administradores, no tienen en cuenta adecuadamente la presión – manifiesta o encubierta – que el administrador interesado puede ejercer sobre sus compañeros*”; LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp.100 ss.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Los Comités de Auditoría...”, op. cit., p.29, advierte del riesgo de hacer del Comité de Auditoría una especie de “cajón de sastre” y que *se le asigne cualquier tarea del consejo que requiera un análisis, estudio, etc.*

En la práctica, si embargo, esta situación ni sería frecuente, ni recomendable. No sería frecuente porque cabe pensar que la ley, a la hora de establecer las competencias de cada órgano habrá hecho la correcta adjudicación, y no nos parece recomendable en la medida en que la independencia del Comité se puede ver afectada, ya que debería actuar con una “doble personalidad”: la de órgano independiente, de un lado, y la de órgano delegado del consejo, por otro, en este caso, actuando dentro de las normas de la delegación a que nos hemos referido con anterioridad.

b) Operaciones extraordinarias y atípicas

Además de las operaciones mencionadas anteriormente (fusión, escisión,...), en la vida de una sociedad se pueden presentar operaciones, cuya envergadura y riesgo, puede introducir elementos de cambio y de perspectivas de futuro, llegando, incluso, a comprometer su viabilidad.

Este es el caso de determinadas adquisiciones (a cuyo riesgo natural hay que añadirle el importante fondo de comercio que, en ocasiones, conllevan y que ciertos reguladores han exigido una amortización acelerada) que implican un salto cuantitativo y cualitativo en el modelo de gestión y control que exigen y a los que la sociedad adquirente deberá hacer frente con diligencia y medios si quiere mantener el control de la nueva situación creada por la adquisición. En ocasiones estas operaciones se canalizan a través de ofertas públicas de adquisición de acciones (OPA) –acordadas u hostiles– y no es extraño que el “opante” sea de menor tamaño que el “opado”¹⁷⁵ e, incluso, que pertenezca a un sector de actividad totalmente ajeno a la sociedad a controlar.¹⁷⁶

¹⁷⁵ El caso más notorio de nuestro mercado es el de la OPA lanzada por Gas Natural sobre Endesa en septiembre de 2005 o, en Italia, el de la OPA de la compañía Unipol – compitiendo con BBVA– sobre el Banco BNL que, dadas sus irregularidades ha terminado con la dimisión del Gobernador del Banco de Italia (dic 2005), con la dimisión del Presidente de Unipol (y posterior procesamiento y condena en octubre de 2006), y con la desautorización de la operación por el Regulador bancario (en. 2006).

¹⁷⁶ Aunque sin mediar oferta pública de adquisición, un ejemplo significativo de diferencia de tamaño y actividad se da en el intento de entrada de Sacyr Vallehermoso en el capital del BBVA cuya capitalización bursátil superaba en aquel momento los 35.000 millones de Euros.

En muchas de estas operaciones se dan figuras jurídicas ya tratadas – cambio de estatutos, ampliación de capital, privación del derecho de suscripción preferente, etc.– en la que se ha visto la previsible intervención del Comité de Auditoría. En las demás operaciones significativas, el Comité, al margen de que deba o no intervenir en función del proceso a seguir, deberá estar debidamente informado de la naturaleza y elementos de la operación y de las características que la definen y sustentan.

c) Seguimiento de los gastos de la alta dirección

Si bien es en las sociedades unipersonales y en las familiares donde con mayor frecuencia se produce un cierto “mimetismo” entre el patrimonio del gestor-propietario y el de la sociedad, tampoco es inusual que se produzcan en algunas anónimas cotizadas prácticas y corruptelas que implican, en última instancia, una desviación irregular de patrimonio de la sociedad al de sus gestores. El hecho de su inclusión en los presupuestos sociales (a veces camuflados en otras partidas de la cuenta de gastos generales) no significa que tengan que ser necesariamente aceptables.¹⁷⁷

A estos efectos, el Comité deberá desarrollar una doble función consistente, de un lado, en la adecuación de los gastos al presupuesto (con las debidas justificaciones caso de desviación), y el análisis de la propia naturaleza y justificabilidad del gasto en función de su necesidad para el desarrollo del negocio, de otro.¹⁷⁸

Tratándose de una variable de gestión, no se pretende convertir al Comité en un juez de la necesidad y volumen de los gastos de la compañía y ni siquiera de su dirección, sino de ejercer –con la colaboración de la unidad de intervención– un seguimiento de su evolución alertando sobre excesos

¹⁷⁷ La comunidad de accionistas de Volks Wagen ha conocido con estupor la naturaleza de cuantiosos gastos de algunos miembros de su *vorstand* en actividades difíciles de justificar con su actividad profesional.

¹⁷⁸ BEAN, J. W., “The Audit Committee’s Roadmap”, op. cit., Ex.4, propone como una función periódica del Comité “*Review policies and procedures overing officers’ expense accounts and perquisites, including their use of corporate assets*”

(cuantitativos o cualitativos) en que pueda incurrir la dirección y que sean difíciles de justificar por las exigencias del negocio.¹⁷⁹

d) Investigación de fraudes y propuesta de sanciones

Cualquiera que sea la vía por la que el Comité tenga razonable sospecha de que existe un fraude o una actividad ilícita, deberá poner en marcha un procedimiento de investigación que permita un esclarecimiento de los hechos con suficiente garantía de verosimilitud. El Comité deberá informar al Consejo de Administración tanto sobre el inicio de las pesquisas como sobre las conclusiones de las mismas.

En el caso de que el Comité aprecie conductas irregulares por parte de los investigados, deberá, asimismo, proponer al Consejo la adopción de medidas disciplinarias o el inicio de procedimientos judiciales, en función de la naturaleza y cuantía de la irregularidad detectada.

e) Programa de formación de sus miembros

En función de la complejidad técnica y la creciente sofisticación de ciertos productos financieros, la mayoría de los códigos de buen gobierno recomiendan que los miembros del Comité de Auditoría posean un mínimo nivel de conocimientos en materia de contabilidad y finanzas y que, al menos uno de ellos, pueda ser considerado como experto en esas materias.

Para ello, el Comité deberá preparar un método por el que los recién llegados al Comité tengan un programa de formación ("*Induction*"). Además deberá procurar un proceso de formación permanente de sus miembros, sin excluir el desarrollo de cursos especializados adaptados a cada circunstancia. Estas prácticas se demuestran más necesarias cuando se producen cambios legales o regulatorios significativos que deban ser

¹⁷⁹ Vid. TORRENT, J. A., y otros, "Comités de Auditoría...", op. cit., pp.1672 ss.

conocidos y asumidos por los miembros del Comité¹⁸⁰ y que se encuadran en el deber de diligencia e información de los administradores (art. 127 TRLSA), al que tendremos ocasión de referirnos más adelante.

f) Relaciones con el defensor del accionista y del cliente

Ambas instituciones, cada vez más frecuentes en las anónimas cotizadas, son la puerta natural de entrada de quejas y denuncias de la más variada índole que, en algunos casos, pueden poner en evidencia ciertas irregularidades en el funcionamiento de algunos servicios o personas de tal naturaleza que recomiende la intervención del Comité.

Los “defensores” deberán alertar al Comité cuando perciban síntomas de esa naturaleza y, en general, sería deseable una política de diálogo fluido y permanente con el Presidente del Comité que facilitara el aprovechamiento, en beneficio de la sociedad, la tan valiosa información que pasa por sus manos.

VII. CONCLUSIONES

EL Comité de Auditoría se ha convertido en una de las piezas claves del movimiento de Gobierno Corporativo tendente a propiciar la eficiencia del Consejo de Administración en la labor de supervisión de determinadas actividades societarias de alta sensibilidad relacionadas con la información financiera, el control de los riesgos y la auditoría interna y externa; todo ello basado en la especialización, la diligencia y la independencia de su

¹⁸⁰ Vid. PWC, *Audit Committees...*, op. cit., p.24, “*Orientation information for new committee members*”, y p.47, donde se recoge el principio “*Audit Committee members should maintain their knowledge and skills on a regular basis [...]; subjects for continuing training that may be appropriate include: a) financial and risk management; b) treasury operations and controls; c) accounting and corporate reporting development; d) regulatory requirements applicable to the company. Including company law; e) developments in wider business sector trends, public policy and corporate governance*”; Aunque referidos a los administradores en general, es de interés el conjunto de recomendaciones del INSTITUTO DE CONSEJEROS-ADMINISTRADORES, *Guía para la incorporación a un Consejo de Administración: consejero no ejecutivo externo*, 2ª ed., agosto 2005, y más en concreto, el “Programa de acogida para nuevos consejeros”, pp.15 ss.

actuación. La actual configuración legal establecida por la Ley Financiera, además de imponer su existencia en el seno del Consejo con carácter obligatorio para las sociedades cotizadas, establece unas funciones generales que han de considerarse como mínimas, lo que permite su ampliación y concreción por la vía estatutaria o reglamentaria. Se trata de funciones que tienen su origen en la ley y que, por consiguiente, no deben considerarse en ningún caso como delegadas por el Consejo de Administración. Esta circunstancia plantea algunas dudas en cuanto a la naturaleza orgánica del Comité y a la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de los administradores en lo concerniente a ilicitudes vinculadas a esas funciones atribuidas por ley, si bien no permite la consideración de órgano societario en sentido estricto, sino más bien como parte del propio Consejo con funciones de preparación y ayuda para el ejercicio de sus labores de supervisión.

La separación –que no la independencia- del Comité de Auditoría respecto al Consejo de Administración, con una consideración de órgano separado, permitiría una mayor precisión de las funciones de este órgano y una aplicación más equitativa de los principios de responsabilidad civil por daños de los administradores que no necesariamente tenga que someterse a principio de solidaridad mutua, salvo en los ámbitos competenciales propios de cada uno de ambos órganos. Estas funciones irían desde una mayor participación en el seguimiento y valoración de la labor de los auditores externos (incluido su nombramiento) y un control de la auditoría interna (con dependencia jerárquica y funcional del Comité), hasta una participación más activa en los flujos de información financiera y de gobierno corporativo que la sociedad transmita al mercado o a sus reguladores, tanto de forma regular, como en las operaciones especiales, pasando por otra serie de funciones de diversa índole sin olvidar la de su propia organización interna y las normas de su funcionamiento.

Algunas de estas medidas deberían propiciarse mediante reformas en la LSA y permitirían, en nuestra opinión, un desarrollo más nítido y eficaz de las labores de supervisión de determinadas materias, en un proceso imparable de convergencia entre los dos modelos de estructuración orgánica

de las anónimas, el monista tradicional y el dualista de origen germánico con separación de las funciones de gestión y supervisión.